

[illegible] 1908. f. 94.

[illegible] 95.

[illegible]

[illegible] 1909 f. 97.

[illegible] II. Teil 1909 f. 98.

Heft 44–48.

Heft 44. Leopold, Zum Tatbestand d. strafbaren Unterlassens

" 45 Stark, Die Entschädigung von Angestellten i. S. d. G.

" 46 Mersmann, Der Begriff d. verfassungsmäßigen Vertreters

" 47 Redslob, Die persönlichen Eigenschaften u. Verhältnisse

" 48 Gutherz, Studien zur Gesetzestechnik II



Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. von **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker** Würzburg, Prof. Dr. **A. Frh. v. Overbeck,** Freiburg (Schweiz), Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 94.

Zum Tatbestande der strafbaren Untreue.

Von

Dr. jur. Hans Leopold.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Tatbestande der strafbaren Untreue.

Von

Dr. jur. Hans Leopold.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Geheimem Hofrat Prof. Dr. **von Lilienthal, Heidelberg.**

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Geschichtliche Übersicht 2

Erster Abschnitt.

Das Wesen der Untreue nach geltendem Recht.

§ 2. Die Untreue nach der herrschenden Lehre, insbesondere der Rechtsprechung des Reichsgerichts 10

§ 3. Kritik der Reichsgerichtstheorie und Entwickelung der eigenen Ansicht an der Bevollmächtigtenuntreue 12

§ 4. Die Bevollmächtigtenuntreue im Verhältnis zu den übrigen Vermögensdelikten 19

§ 5. Über Subjekte und Handlung der Bevollmächtigtenuntreue. 28

§ 6. Die Untreue in Verhältnissen öffentlichen Charakters 35

§ 7. Das Schutzobjekt der Untreue und ihre Stellung im System 37

Zweiter Abschnitt.

Die Ergänzungsbedürftigkeit der Untreue unter besonderer Berücksichtigung der fiduziarischen Verhältnisse.

§ 8. Strafwürdige Verfügungen über Vermögensstücke, die infolge eines Vertretungsverhältnisses in das Eigentum des Täters übergegangen sind . 42

§ 9. Begriff und Anwendungsfälle des fiduziarischen Geschäfts 45

§ 10. Das fiduziarische Eigentum und sein Verhältnis zum Strafrecht . . 48

§ 11. Die Wesensverwandtschaft mit der Untreue. Vorschläge de lege ferenda 53

Dritter Abschnitt.

§ 12. Die Untreue in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“ 58

Literatur-Übersicht.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.
Binding, Handbuch des Strafrechts I 1885.
Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil I, 2. Aufl. 1902.
Frank, Das Strafgesetzbuch f. d. deutsche Reich, 5./7. Aufl. 1908.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht II, 1. Abt. 1884.
v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, III. 1874.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16./17. Aufl. 1908.
Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Aufl. (Allfeld), 1907.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch II, 7. Aufl., 1906.

Ammon, Die Untreue. 1894.
Cartier, Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue. 1902.
Draheim, Untreue und Unterschlagung. 1901.
Doerr, Über das Objekt bei strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. 1897.
Engelhardt, Die Untreue. 1902.
Konrad, Die Untreue des Bevollmächtigten. 1900.
Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens. 1894.
v. Stemann, Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue. 1870.
Wahlberg, Gesammelte kleinere Schriften II. 1877.

Bernstein, Allgemeine deutsche und allgemeine österreichsiche Wechselordnung. 1898.
Biermann, Bürgerliches Recht, I. 1908.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens I, 3. Aufl. 1906.
Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft. 1901.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 3. Aufl. 1900.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch I. 3. Aufl., 1903.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. 1901.

S t a u b , Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung, 5. Aufl. (Stranz), 1907.

S t a u d i n g e r , Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche I 3./4. Aufl. 1907.

Das Recht.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Juristische Wochenschrift.
Goltdammers Archiv für Strafrecht (seit 1853).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Stenglein-Galli, Lexikon des deutschen Strafrechts 1900/1904.

Die Abkürzungen sind nach den Beschlüssen des deutschen Juristentages ausgeführt.

Einleitung.

Die Reform des deutschen Strafrechts steht bevor. Das umfangreiche bedeutsame Werk, das sie vorbereiten sollte, die „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“, liegt in seinem Besonderen Teile bereits abgeschlossen vor, und auch die Vollendung des Allgemeinen Teils wird nicht lange auf sich warten lassen.

Viele Verbrechenstatbestände unseres deutschen Strafgesetzbuchs von 1871 werden vom neuen Gesetzgeber ohne wesentliche Änderungen übernommen werden können. In jahrhundertelanger Entwickelung herausgebildet, sind sie gleichsam in eherne Form geprägt, ein festgefügtes Gebilde, das sich in den Stürmen der Praxis wohl bewährt hat. Zu diesen Tatbeständen gehören z. B. die Eigentumsdelikte und der Betrug. Ihnen stehen andere gegenüber, die dieses Ziel noch nicht erreicht haben, die noch im Flusse, in der Entwickelung begriffen sind. Hier gilt es für den Gesetzgeber einzugreifen, die Strömungen der bisherigen Entwickelung klarzulegen, die Ziele zu ergründen, denen sie zustrebt, und dann fein abwägend, die Wirkungen überschauend, danach den neuen Begriff zu formulieren.

Ein solcher Tatbestand ist die strafbare Untreue. Schon rein äusserlich macht der § 266 St.G.B.s durch die Verschiedenartigkeit der Handlungen und Personen, die er umfasst, den Eindruck des Unfertigen. Der neueren Zeit erst ihr Dasein verdankend, hat die Untreue, insbesondere die Untreue in Verhältnissen privaten Charakters, bisher vergeblich nach einem juristisch und praktisch brauchbaren Begriffe und einer festen Form gerungen. In der Wissenschaft streitet man um ihren Begriff. Die einen wollen in dem Zuwiderhandeln gegen eine besondere Treueverpflichtung das Wesentliche des Delikts erkennen, andere suchen es in der „Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten“, wieder andere in dem Missbrauche der dem Täter zustehenden Verfügungsmacht über fremdes Vermögen. Je nachdem man die eine oder die andere Meinung vertritt, ändert sich auch das durch die Untreuebestimmung geschützte Rechtsgut und die Stellung der Untreue im System der Verbrechen.

Es ist eine eigenartige Erscheinung, dass in unserer wissenschaftlich so klar denkenden Zeit eine derartige Unstimmigkeit über das Wesen eines Deliktes herrschen kann. Sie findet ihre Erklärung nur in der Tatsache, dass dieses Delikt gerade in jüngster Zeit erhebliche Wandelungen durchgemacht hat, die seinen bisherigen Charakter nicht unwesentlich beeinflusst haben, eine Entwickelung, die auch jetzt noch nicht völlig zum Abschluss gelangt ist.

Es soll unsere Aufgabe sein, in diesem Streite der Meinungen Stellung zu nehmen. Im ausdrücklich erklärten Hinblick auf die nahe Neuredaktion unseres Strafgesetzes wird die Arbeit über den Rahmen des geltenden Rechts hinausgehen, wenngleich dieses stets Grundlage und Ausgangspunkt sein soll. Sie wird mit einer kurzen geschichtlichen Übersicht beginnen, um dann in ihrem Hauptteile das Wesen der Untreue nach geltendem Recht zu behandeln. Die Arbeit betrachtet es nicht als ihre Aufgabe, den Untreuetatbestand nach allen Richtungen zu erschöpfen, zu allen Streitfragen Stellung zu nehmen, wie dies beispielsweise die ausführlichen Schriften von Ammon und Cartier tun; sie will sich vielmehr, wie gesagt, im wesentlichen auf die Frage nach dem Wesen der Untreue beschränken und andere Streitfragen nur insoweit berühren, als sich ihre Entscheidung aus der Lösung dieser Vorfrage von selbst ergibt. Die Erörterungen werden aus praktischen Rücksichten und im Interesse einer klaren Beweisführung und Herausarbeitung des Begriffs vornehmlich an die Untreue in Verhältnissen mit privatem Charakter anknüpfen.

Ein zweiter Abschnitt soll auf gewisse, namentlich in fiduziarischen und ähnlich gearteten Verhältnissen zu Tage tretende Lücken des geltenden Rechts hinweisen, zum Zwecke einer Ergänzung de lege ferenda. In dem Schlussteile soll die Bearbeitung, die die Untreue in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts" gefunden hat, in den durch den Gegenstand der Arbeit gesteckten Grenzen eine eingehende Würdigung erfahren.

§ 1. Geschichtliche Übersicht.

I. Das Untreuedelikt ist noch jung. Der Neuzeit erst verdankt es so recht eigentlich sein Bestehen. Jedoch lassen sich Spuren und Anklänge an unseren jetzigen Untreuetatbestand bis in das römische Recht hinein verfolgen.

Im allgemeinen begnügte sich das römische Recht in den in Frage kommenden Fällen mit zivilrechtlichem Ausgleich. Es bestehen jedoch auch gewisse Folgen strafrechtlichen Charakters, in erster Linie die sog. Infamie (infamia juris mediata), die an die Verurteilung wegen eines Privatdelikts und in den Fällen der sog. actiones famosae geknüpft ist. Zu diesen gehören die actio fiduciae, pro socio, tutelae, depositi[1]) und mandati, alles Verhältnisse, in denen die Nichterfüllung der Vertragspflicht als besonderer Vertrauensbruch erscheint.

Für Untreue inbezug auf das Mündelvermögen haftete ferner der Vormund schon nach dem Zwölftafelgesetz auf das Doppelte mit der actio rationibus distrahendis, die insofern auch eine Strafnatur zeigt. Ausserdem konnten in gewissen schwereren Fällen von Pflichtverletzungen gegen Tutoren und Kuratoren besondere öffentliche Strafen extra ordinem festgesetzt werden. Hierher gehört weiter die Prävarikation, ein delictum publicum (vgl. l. l. pr. D. 47.15); auch das furtum kann unter Umständen Platz greifen,[2]) während das peculatus, das eine Aneignung von Staatsgut darstellte, mehr zur Unterschlagung, insbesondere Veruntreuung gehört.

Das ältere deutsche Recht ist, von ganz unerheblichen Ausnahmen abgesehen, mit zivilrechtlichen Folgen der fraglichen Fälle ausgekommen.[3])

Einen bedeutenden Fortschritt bringt erst die Peinliche Gerichtsordnung Karls des V. Auf ihren Art. 170[4]) führt neben der Unterschlagung auch die Untreue ihren Ursprung zurück. Der Artikel umfasst in der Hauptsache die Veruntreuung, also Unterschlagung,[5]) daneben aber auch höchstwahrscheinlich Untreuefälle.[6]) In Betracht kommt weiter Art. 124 über die Verräterei,[7]) der aber bald ausser Anwendung gerät, und die Prävarikation der Prokuratoren in Art. 115.[8])

---

[1]) Beim depositum gewährten ausserdem schon die Zwölftafeln eine Strafklage in duplum.

[2]) Vgl. Cartier S. 73, ebenso bezüglich des stellionatus und der actio doli.

[3]) Über diese Zeit handelt sehr ausführlich Cartier S. 74 ff.

[4]) Art. 170 bestraft den „welcher mit eyns andern güttern, die jm inn guttem Glauben zu behalten und verwaren gegeben sein, williger und geuerlicherweiss, dem Gläubiger zu schaden handelt".

[5]) Auf die Streitfrage, ob sich die Unterschlagung des Artikels nur auf das depositum bezieht, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

[6]) Vgl. Draheim S. 7 und die dort angeführte Literatur.

[7]) Art. 124 bestraft den „welcher mit bosshaftiger verreterey misshandelt".

[8]) „Straff der Prokuratoren, so iren Partheien zu nachtheyl geuerlicher fürsetzlicher weiss den widertheylen zu gute handeln."

Eine Ergänzung bringt die Polizeiordnung von 1577, die schuldhafte Pflichtverletzung des Vormunds mit Strafe bedroht, und zwar mit „den Strafen des gemeinen Rechts“.

Das preussische Landrecht behandelt die Untreue sehr ausführlich als Unterart des qualifizierten Betruges im 20. Titel des II. Teiles. Vorangestellt ist in § 1329 eine zusammenfassende Definition, die als Täter des Delikts den charakterisiert, „welcher, ausser der allgemeinen Verbindlichkeit, noch besondere Verpflichtungen, einen Andern mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, auf sich hat, und denselben gleichwohl hintergeht“. Kennzeichen der Untreue des A.L.R. ist also die besondere Verpflichtung des Täters zu Treue und Redlichkeit. Jedoch wird das Delikt in den §§ 1330—1376 a. a. O. auf einzelne unter sich ganz verschieden geartete Fälle beschränkt; hervorgehoben sind u. a. Vormünder und Kuratoren, Privatverwalter und Privatbevollmächtigte,[1] Depositare, Handelsgesellschafter, auch die Prävarikation von Justizkommissarien und Konsulenten. Unterschlagung, Untreue und Betrug sind, noch ungeschieden, darin enthalten.

Der mit anderen unter der Überschrift abus de confiance aufgeführte Art. 408 des Code pénal hat mit der Untreue eigentlich wenig zu tun, er ist aber zu erwähnen, weil er von erheblichem Einfluss auf die Gestaltung des Untreuedelikts im preussischen Strafgesetzbuch gewesen ist.

Die Geschichte des preussischen Strafgesetzbuches kennzeichnet so recht die noch waltende Unsicherheit in der Begriffsfeststellung der Untreue. Während die ersten Entwürfe überhaupt ohne ein besonderes Untreuedelikt auszukommen meinten, errang sich die Untreue in den späteren Entwürfen eine selbständige Stellung, wenigstens die Untreue der mit öffentlichem Vertrauen bekleideten Personen, während sich die Untreue in privaten Verhältnissen nur vorübergehend behaupten konnte. Noch der letzte Entwurf von 1850 versuchte das Untreuedelikt ganz zu streichen, mit der Begründung, die übrigen Vermögensdelikte seien ausreichend für alle Fälle. Die Kommission der 2. Kammer nahm jedoch das Delikt wieder auf, freilich unter Ausschluss der Verhältnisse mit privatem Charakter. Der § 246 des preussischen Strafgesetzbuchs entsprach also den Ziff. 1 und 3 des § 266 unseres heutigen Strafgesetzes.

---

[1]) § 1372: „Wer bei Ausrichtung eines übernommenen Auftrags seinen Machtgeber hintergeht, und dadurch vorsätzlich in Schaden bringt, soll ebenso viel als der Schade beträgt, zur Strafe entrichten.“

Von der ausserpreussischen Strafgesetzgebung ist vor allem das sächsische Strafgesetzbuch von 1855, neu redigiert 1868, zu erwähnen, das als Ergänzung der Unterschlagung in seinem Art. 287 Abs. 2 bestimmte: „Der Unterschlagung ist es gleich zu achten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteil des Geschäftsherrn verfügt."

Diese Bestimmung diente als Vorbild für die No. 2 § 266 unseres St.G.B.s. Auch der erste Entwurf zum R.St.G.B. hatte im Anschluss an das preussische Recht eine Ausdehnung der Untreue auf Verhältnisse mit privatem Charakter für unnötig gehalten. Erst in der Bundeskommission wurde auf den Antrag von Schwarzes die Bevollmächtigtenuntreue in der jetzigen Fassung hinzugefügt, die sich von der sächsichen Vorschrift nur unterschied durch Fortlassung des Erfordernisses der gewinnsüchtigen Absicht und Ausdehnung auch auf Vermögensstücke des Geschäftsherrn (Auftraggebers), die der Geschäftsführer (Bevollmächtigter) im Besitz hat. Die No. 1 und 3 § 266 St.G.B.s wurden ohne wesentliche Änderungen aus dem preussischen Strafgesetzbuche übernommen.

II. Dies ist in kurzen Zügen, unter Beschränkung auf die einfache Wiedergabe von Tatsachen und Quellen, die Geschichte der Untreue unseres geltenden Rechtes. Sie ist weder umfangreich noch verwickelt, jedoch äusserst lehrreich und weist bereits die Richtlinien für die künftige Entwickelung und weitere Fortbildung.

Besonders gilt dies von der Geschichte der Bevollmächtigtenuntreue. Denn die Untreue der Personen in Verhältnissen öffentlichen Charakters stand bald fest, zuerst die des Vormunds, die bereits die Reichspolizeiordnung von 1577 unter Strafe stellte.[1]) Der Kreis der hierher gehörigen Subjekte der Untreue erweiterte sich jedoch beständig bis zu dem im preussischen und schliesslich im deutschen St.G.B. angenommenen Umfange.

Ganz anders bei der Untreue von reinen Privatpersonen. Hier herrscht eine merkwürdige Unsicherheit in der Bestimmung des objektiven Tatbestandes und namentlich der für die Untreue geeigneten Subjekte, die Gesetzgebungen gehen gleichsam suchend, tastend vorwärts, um dann wieder das als Norm aufgestellte zurückzunehmen, weil

---

[1]) Von dem römischen und altdeutschen Rechte sehen wir hier ab.

sie seine Unzulänglichkeit fühlen. Unter dem Drucke praktischen Bedürfnisses müssen sie es aber wieder von neuem versuchen. Die Tätigkeit der verschiedenen Gesetzgeber erscheint als ein ständiges Ringen um die Lösung dieses Problems mit immer neuen Mitteln, dessen Ergebnis schliesslich der § 266 No. 2 St.G.B.s geworden ist.

Zuerst geht dieses Streben Hand in Hand mit den Bemühungen nach Schaffung eines Unterschlagungstatbestandes. Bei der Carolina und im preussischen Landrecht (auch noch im Code pénal) behandelt der Gesetzgeber Unterschlagung und Untreue — es handelt sich hier immer nur um Untreue in privaten Verhältnissen — gemeinsam, in der Carolina im zit. Art. 170, im A.L.R., das nach seiner Art kasuistisch vorgeht, in den unter „Untreue" zusammengefassten Einzelfällen. Von der Unterschlagung finden wir im wesentlichen nur die sog. Veruntreuung, die Unterschlagung anvertrauten Guts, unter Strafe gezogen, und der Gesichtspunkt des dem Täter geschenkten Vertrauens ist auch bei der Kriminalisierung sämtlicher Untreuefälle konsequent durchgeführt.[1]) Die im A.L.R. aufgezählten Fälle erinnern unwillkürlich an die actiones famosae des römischen Rechts, bei denen ganz derselbe Gesichtspunkt für die Strafe der Infamie massgebend war.

Mit der Bildung eines selbständigen Unterschlagungstatbestandes, insbesondere mit der grundsätzlichen Feststellung der Unterschlagung als eines reinen Eigentumsdelikts und der streng durchgeführten Beschränkung auf körperliche, bewegliche Sachen, wie sie das preussische St.G.B. bereits in den ersten Entwürfen vornahm, musste die Untreue von der Unterschlagung getrennt werden. Für die Untreue (in Privatverhältnissen) blieb anscheinend nur wenig Raum; denn die meisten Vertrauensbrüche, wie z. B. die Veruntreuungen hinterlegten oder entliehenen Gutes wurden schon vollständig vom Unterschlagungstatbestande ergriffen. Demgemäss glaubte auch das preussische St.G.B. der Untreue von Privatpersonen völlig entraten zu können, in der Annahme, die bestehenden Tatbestände der Unterschlagung, des Diebstahls und Betruges seien ausreichend. Der tiefere Grund für das Fortlassen einer derartigen Vorschrift lag aber in dem Unvermögen des Gesetzgebers, die hierher gehörigen Fälle in eine passende Form, in einen juristisch brauchbaren Tatbestand zu bringen. Denn die Untreue wurde noch immer nur unter dem Gesichtspunkte des besonderen Vertrauens

---

[1]) Vgl. den zit. § 1329, 20. Titel, II. Teil A.L.R.

betrachtet, das der Täter geniessen muss, und man fühlte offenbar, dass das „besondere Vertrauen“ nicht geeignet war, einen juristisch scharfen und klaren Begriff in einem Strafrechtstatbestande abzugeben.[1]) Andererseits wollte man sich auch nicht auf die kasuistische Aufzählung des A.L.R.s einlassen, zumal die meisten dieser Fälle, wie schon erwähnt, in der Unterschlagung tatsächlich aufgingen.

Der Erfolg gab aber dem preussischen Gesetzgeber Unrecht, es stellte sich in der Praxis immer mehr eine Lücke im Strafgesetze heraus und ein dringendes Bedürfnis nach Ergänzung des Unterschlagungstatbestandes, insbesondere nach der Richtung einer Kriminalisierung von Verfügungen über Forderungen und andere Vermögensrechte, die unter den Unterschlagungsparagraphen streng genommen nicht gezogen werden konnten. Dieses praktische Bedürfnis veranlasste das preussische Obertribunal, auch bei Forderungsaneignungen unzulässigerweise den Tatbestand der Unterschlagung als vorliegend zu erachten, und weiterhin ein sog. wirtschaftliches Eigentum aufzustellen in gewissen Fällen, in denen der Täter zur Übertragung des Eigentums an den Verletzten verpflichtet war, das Vermögensstück „wirtschaftlich“ also eigentlich zum Vermögen des Verletzten gehörte.

Mit der Erkenntnis der Unhaltbarkeit dieser Deduktionen des Obertribunals ergab sich die Notwendigkeit der Schaffung eines selbständigen Untreuetatbestandes auch für Verhältnisse privaten Charakters, wenn man nicht gesinnt war, dem mühsam gewonnenen Unterschlagungsbegriff durch eine entsprechende Erweiterung seine Übersichtlichkeit und Einheit zu nehmen.

So erfolgte die Aufnahme der Bevollmächtigtenuntreue in das R.St.G.B. von 1871. Es ist bereits erwähnt, dass der § 266 No. 2 St.G.B.s dem zit. Art. 287 Abs. 2 des sächsischen Strafgesetzbuchs nachgebildet ist. Während aber diese Vorschrift lediglich als ergänzende Nebenbestimmung im Unterschlagungstatbestande gedacht war, was durch ihre Stellung im Gesetz und ihren Wortlaut, der sich vollständig an den der Unterschlagung anschmiegt, dokumentiert wird, weist die No. 2 § 266 eine etwas unabhängigere Formulierung auf und ist auch äusserlich von der Unterschlagung getrennt. Immerhin sollte auch sie der Ergänzung der Unterschlagung dienen, und zwar inbezug auf Forderungen. Die

---

[1]) Es ist in dem Kommissionsbericht ausdrücklich hervorgehoben, dass mit der Erweiterung des Untreuetatbestandes über die Verhältnisse mit öffentlichem Charakter hinaus das Delikt Gefahr liefe, zu unbestimmt zu werden.

Motive des redigierten Entwurfs führen aus, daß die Aufnahme der No. 2 § 266 infolge eines in der Rechtsprechung hervorgetretenen Bedürfnisses geschehen sei, um auch widerrechtliche Verfügungen über fremde Vermögensrechte zum Nachteil der Berechtigten unter Strafe ziehen zu können.[1])

Es verdankt also die Bevollmächtigtenuntreue, wie hier ausdrücklich festgestellt werden mag, nicht der Erwägung, dass besondere Vertrauensverhältnisse strafrechtlich geschützt werden müssten, ihr Dasein, sondern lediglich dem praktisch hervorgetretenen Bedürfnis, die Lücke des Unterschlagungstatbestandes auszufüllen.[2])

Gegenüber der sächsischen Bestimmung weist der § 266 No. 2 St.G.B.s eine noch nicht erwähnte Änderung auf. Anstelle des allgemeinen und juristisch unbestimmten „Geschäftsführer" wird der „Bevollmächtigte" als Täter genannt. Diese Änderung wird aus der Erwägung entstanden sein, dass man über Forderungen eines Anderen nur als Bevollmächtigter verfügen könne, womit gleichzeitig ein fest umschriebener, bestimmter Begriff für den Tatbestand gewonnen wird. Mit der Aufnahme des Bevollmächtigten als Täters in den Tatbestand der Untreue in privaten Verhältnissen beginnt ein neues Stadium in der Entwickelung der strafbaren Untreue, sie bedeutet einen gewaltigen Fortschritt gegenüber dem bisherigen Zustand. Zwar finden wir auch schon früher „Bevollmächtigte" als Deliktssubjekte genannt, so z. B. im A.L.R. § 1372 und im Entwurf von 1843 zum preussischen Strafgesetzbuch (neben Rechtsbeiständen, Haus- und Wirtschaftsbeamten, Gewerbegehilfen und Dienstboten). Aber hier ist die Vollmacht doch nicht in dem modernen technischen Sinne gebraucht, sondern wesentlich mit dem Auftrag identifiziert.[3]) Dieser wurde als besonderes Vertrauensverhältnis neben anderen Vertragsverhältnissen für eine brauchbare Grundlage der Untreue angesehen. Die Scheidung und Klärung der beiden Begriffe Auftrag und Vollmacht vollzieht sich erst in der neueren

---

[1]) Vgl. die Motive zum 3. Entwurf zu §§ 266 No. 2 und 246.

[2]) Nichtsdestoweniger betont das Reichsgericht und ein grosser Teil der Literatur immer wieder, dass mit der Vorschrift des § 266 No. 2 St.G.B.s der Vertrauensbruch, „die Verletzung der besonderen, dem Bevollmächtigten obliegenden Pflicht zur Treue" getroffen werden soll. (E. 38. 363.) Wir kommen darauf weiter unten noch näher zurück.

[3]) Vgl. A.L.R. I. Teil, 13. Tit. § 5: „Die Willenserklärung, wodurch einer dem andern das Recht erteilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt".

gemeinrechtlichen Wissenschaft. Jetzt bedeutet Vollmacht in feststehendem Begriffe die Befugnis, für einen anderen rechtsgeschäftlich zu handeln. Diese Befugnis wird nunmehr zur allgemeinen Voraussetzung und Grundlage der Untreue in Privatverhältnissen erhoben, ihr Missbrauch wird in § 266 No. 2 bestraft.

Damit wird aber das ganze Untreuedelikt auf einen neuen Boden gestellt, denn wenn die Untreue in privaten Verhältnissen nunmehr Missbrauch rechtlicher Vertretungsmacht ist, so muss das auch auf die Untreue in Verhältnissen mit öffentlichem Charakter, z. B. auf die Untreue des Vormundes zurückwirken, da auch hier die Voraussetzung der rechtlichen Vertretungsbefugnis bereits vorhanden ist. So ist der Deliktscharakter der Untreue vollkommen gewandelt, und erst hiermit hat die Untreue ihre eigentliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit von den übrigen Verbrechensbegriffen gewonnen.

Erster Abschnitt.

Das Wesen der Untreue nach geltendem Recht.

§ 2. Die Untreue nach der herrschenden Lehre, insbesondere der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Der § 266 Abs. 1 St.G.B.s lautet:

Wegen Untreue werden mit Gefängnis, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
2. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen;
3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Zu der am Schlusse des geschichtlichen Teils geäusserten Ansicht, mit der Aufnahme der Ziffer 2 in den § 266 St.G.B.s sei die Untreue auf eine neue Grundlage gestellt und der Missbrauch rechtlicher Verfügungsmacht zum Wesentlichen des Delikts erhoben, steht die herrschende Meinung, an der Spitze das Reichsgericht, in schroffem Gegensatz. Sie betrachtet die Untreue noch immer als Verletzung besonderer Vertrauensverhältnisse und gelangt dabei zu ganz andern Ergebnissen. Wir wollen zunächst versuchen, diese Ansicht und ihre Konsequenzen, insbesondere auf Grund der Rechtsprechung des Reichsgerichts, etwas näher zu charakterisieren, um dann ihre Schwächen und Unrichtigkeiten aufzudecken.

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Verletzung obligatorischer Verhältnisse im allgemeinen nur zivilrechtlich haftbar mache. Den in § 266 aufgezählten Verhältnissen ist aber noch etwas besonderes eigen, eine besondere Pflicht des Täters zur Treue. Dies Moment hebt sie aus der Zahl der übrigen Schuldverhältnisse heraus und macht sie des Strafrechtsschutzes würdig. „Die Vorschrift des § 266 stellt die Verletzung von Treue und Pflicht in dem Rechtsverhältnisse zwischen Vormund und Mündel zum Schutze des Mündels unter besondere strafrechtliche Verantwortlichkeit, deren innerer Grund eben darin liegt, dass diese besondere Treue und Pflicht verletzt wird." (E. 17. 241.) „Das Wesentliche der Straffestsetzung in § 266 No. 2 St.G.B.s ist der Vertrauensbruch, die Verletzung der besonderen, dem Bevollmächtigten obliegenden Pflicht zur Treue." (E. 38. 363.)[1]

Der Umstand, dass der Täter Vertreter eines Anderen und rechtlich befugt ist, über dessen Vermögen zu verfügen, kommt erst in zweiter Linie und nur als Voraussetzung in der Person des Täters in Betracht; er ist aber grundsätzlich ohne Bedeutung für die Handlung und als Mittel der Begehung. Es ist auch die Handlung als Untreue zu bewerten, die der Täter nicht auf Grund dieser Verfügungsbefugnis vorgenommen hat, wenn sie nur als Verletzung der besonderen, dem Täter obliegenden Pflicht zur Treue erscheint. Zwar irgend eine Beziehung der Handlung zu der dem Täter (gesetzlich oder rechtsgeschäftlich) zustehenden Verfügungsmacht muss vorhanden sein. Würde sich beispielsweise der Bevollmächtigte ein ihm vom Vollmachtgeber geliehenes Buch aneignen, so würde keine Untreue, sondern lediglich Unterschlagung gegeben sein. Allein es genügt schon, dass die benachteiligende Verfügung nicht „ausserhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage"[2]) steht.[3]) Es ist also Untreue, wenn der Täter nur die tatsäch-

[1]) Vgl. auch E. 20. 262 „Bruch besonderer Treuverhältnisse", E. 14. 184 „Der § 266 St.G.B.s will nach seiner Entstehungsgeschichte und seinem inneren Grunde die Verletzung von Treue und Pflicht ...... unter strafrechtliche Verantwortlichkeit stellen". E. 26. 106 „...... des Gesetzes, welches dazu bestimmt ist, einen Schutz gegen die Verletzung von Treu und Glauben in dem Privatrechtsverhältnisse zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem zu gewähren".

[2]) Richtiger sollte es heissen: „Mit der verliehenen Vollmacht". Auf diese Verwechslung der Vollmacht mit dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis kommen wir später noch zu sprechen.

[3]) E. 32. 26. Durch diese Entscheidung wurde eine frühere (28. 155) abgeändert, nach der die Anwendbarkeit des § 266 No. 2 ausgeschlossen sein sollte, wenn der Täter nicht zu der vorgenommenen Verfügung vermöge der erteilten Vollmacht berechtigt war.

liche, nicht auch die rechtliche Verfügungsmöglichkeit zur Untreuehandlung seiner Vertretungsmacht dankt. Der Vormund, der eingegangene Zinsen des Mündelvermögens sich aneignet, der zum Einkauf berechtigte Handlungsbevollmächtigte, der die für den Machtgeber gekauften Waren unterschlägt, sie begehen ausser der Unterschlagung auch Untreue.

Damit kommen wir zu der Frage, die in dieser Lehre besonders umstritten ist: Ist eine Idealkonkurrenz zwischen Untreue und den übrigen Vermögensdelikten, insbesondere der Unterschlagung möglich? Die herrschende Meinung, insbesondere das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung bejaht die Frage.[1] Die Untreue kann auch in der Form der Unterschlagung, der Veruntreuung, des Diebstahls, der Sachbeschädigung und des Betruges begangen werden. „Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen wie des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betrugs, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz massgebend." (E. 3. 283.)

Es entspricht dieser „Treubruchstheorie", wie Cartier (S. 100) sie nennt, wenn die Untreue im System mit Betrug unter einem Titel vereinigt ist. Diese Vereinigung rechtfertigt sich nämlich, wie übrigens auch die Motive ergeben, unter dem Gesichtspunkte einer Verletzung von Treu und Glauben. Das in erster Linie durch die Strafdrohung des § 266 geschützte Rechtsgut ist eben das Recht auf Treu und Glauben oder die besondere dem Täter obliegende Verpflichtung zur Treue.

§ 3. Kritik der Reichsgerichtstheorie und Entwickelung der eigenen Ansicht an der Bevollmächtigtentreue.

Dies ist in Kürze die Theorie des Reichsgerichts, dargestellt unter Hervorhebung der uns hier interessierenden Punkte. Wir können uns ihr nicht anschliessen. Sie ist in grundlegender Beziehung unrichtig und mangelhaft.

I. Was zunächst das besondere Vertrauensverhältnis, die Verpflichtung des Täters zur Treue, die in allen Fällen des § 266 obwalten soll, betrifft, so ist dies ein so vager,[2]) juristisch unbestimmter Begriff, dass er auslegungstechnisch lieber garnicht verwertet werden sollte.

[1]) E. 3. 283, 7. 349, 16. 343, 32. 30, 38. 363 u. a.

[2]) Vgl. Hälschner S. 392: „Freilich ist diese Unterscheidung eine fliessende, die es nicht zulässt, die Grenze so scharf zu ziehen, dass alle obligatorischen Verhältnisse zweifellos der einen oder anderen Klasse zugewiesen werden könnten".

Aber abgesehen davon, trifft er auch garnicht (wenigstens nicht in dem behaupteten Umfange) zu. Der Name „Untreue" weist freilich auf einen Treubruch hin, und es ist auch zuzugeben, dass er ursprünglich unter dem Eindruck entstanden ist, dass mit dem so benannten Delikt die Verletzung von Vertrauensverhältnissen getroffen würde. Diese Bedeutung hat die Untreue beispielsweise im A.L.R. (vgl. den zit. § 1329 a. a. O.). Aber von den dort unter „Untreue" zusammengefassten Fällen sind die praktisch wichtigsten, die Aneignung anvertrauter Sachen, inzwischen ausgeschieden und allein dem Unterschlagungstatbestande unterstellt. Die Untreue hat dann dem praktischen Bedürfnisse nachgebend ihre neue Aufgabe in der Ergänzung der bestehenden Vermögensdelikte gefunden und dementsprechend ihren Charakter geändert.

Es mag nun die Meinung immerhin ihre Berechtigung haben, dass die in § 266 No. 1 und 3 genannten Personen mit öffentlichem Charakter auch heute noch eine besondere Vertrauensstellung einnehmen und ihnen demgemäss eine besondere Verpflichtung zur Treue obliegt, wobei das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses mit dem Hinweis auf ihren öffentlichen Charakter gerechtfertigt werden könnte. Dass aber das Verhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber gegenüber anderen Privatrechtsverhältnissen, die nicht unter die Untreue fallen, den Charakter besonderen Vertrauens aufweist, dies trifft keinesfalls zu. Darauf haben auch schon Schriftsteller, die sonst Anhänger der herrschenden Theorie sind, hingewiesen.[1] [2]

Auch in anderen zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen wird dem einen Teile seitens des andern ein hervorragendes Vertrauen gewährt, so bei der Leihe oder beim Hinterlegungsvertrag. Auch der Auftrag

[1]) Vgl. Hälschner S. 392: „Ebenso fiel (mit der Aufnahme der Bevollmächtigtenuntreue) die Voraussetzung hinweg, dass in allen Fällen der Untreue eine besondere sittliche Beziehung der Parteien und ein Vertrauensbruch vorausgesetzt werde, da dies jedenfalls nicht allgemein bei dem Verhältnis des Bevollmächtigten zum Auftraggeber zutrifft." Ferner Merkel S. 782: „Das Verhältnis zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber ist seiner heutigen Gestaltung nach in seiner Allgemeinheit kein spezifisches Vertrauensverhältnis." Da die Bestrafung der hier in Frage kommenden Fälle gegenüber anderen Veruntreuungen und Betrügereien hiernach nicht auf das Moment des Vertrauensbruchs gestützt werden kann, so sucht Merkel den Grund für ihre Kriminalisierung in ihrer materiellen Verwandtschaft mit den Bereicherungsdelikten und will sie von der Untreue absondern und dem nächst verwandten Bereicherungsverbrechen, und zwar der Unterschlagung, angliedern.

[2]) Dagegen bleibt Konrad S. 20 f. ausdrücklich dabei, dass auch das Vollmachtsverhältnis ein spezifisches Vertrauensverhältnis ist. Ebenso Ammon S. 60.

gehört hierher, der ja nicht nur als Grundlage der Vollmacht, sondern auch bei rein tatsächlichen Besorgungen vorkommt. In allen diesen Verhältnissen wird dem einen Teile die Möglichkeit gewährt, auf Vermögensstücke des anderen einzuwirken, über sie zu verfügen, sie wird ihm gewährt in dem Vertrauen, dass er sie nicht in einer den Interessen des anderen zuwiderlaufenden Weise gebrauchen werde. Insofern sind auch diese Verhältnisse ebenso auf Vertrauen gegründet wie die Vollmacht.

II. Und doch besteht ein tiefgreifender Unterschied zwischen der Vollmacht und den genannten schuldrechtlichen Vertragsverhältnissen, ein Unterschied, der die Kriminalisierung in § 266 No. 2 wohl gerechtfertigt erscheinen lässt, das ist die durch die Vollmacht gewährte r e c h t l i c h e Verfügungsbefugnis. Die andern Verhältnisse verschaffen dem Täter nur die tatsächliche Möglichkeit zu benachteiligenden Verfügungen über fremdes Vermögen, die Vollmacht bietet eine rechtliche Grundlage dafür, gibt dem Täter gewissermassen eine Legitimation für seine schädigenden Handlungen.

Es dürfte am Platze sein, den Vollmachtsbegriff etwas näher zu charakterisieren.

Vollmacht ist die, durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, d. h. die auf einer Privatwillenserklärung beruhende Befugnis, für einen Anderen mit rechtlicher Wirkung rechtsgeschäftlich zu handeln.

Man hat früher die Vollmacht mit dem Auftrage zusammengeworfen (vgl. oben S. 8). Die Ausdrucksweise des § 266 No. 2 St.G.B.s: „Bevollmächtigte — Auftraggeber" mag noch eine Nachwirkung dieser unklaren Anschauung sein. Heute herrscht Übereinstimmung über die Verschiedenheit beider Rechtsinstitute, und es erübrigt sich, näher darauf einzugehen.

Die Vollmacht ist kein Vertrag; man liest zwar häufig — und gerade in der Literatur über Untreue — vom „Vollmachtsvertrag",[1] das ist jedoch ungenau, gemeint ist dann der der Vollmacht zugrunde liegende obligatorische Vertrag. Es liegt nämlich regelmässig der Bevollmächtigung ein materielles Rechtsverhältnis zugrunde, etwa ein Auftrags- oder Dienstvertragsverhältnis. Notwendig ist dieses nicht, es wäre auch eine abstrakte, von einem derartigen Verhältnisse losgelöste Vollmacht denkbar. In jedem Falle ist die Vollmachtserteilung ein selbständiges Rechtsgeschäft, das begrifflich mit dem zugrunde liegen-

---

[1]) Vgl. auch E. 32. 30 u. a.

den Verhältnisse nichts zu tun hat, in seinen Wirkungen und häufig auch in seinen Voraussetzungen ganz verschieden von jenem ist.

In seinen Voraussetzungen: dies wird besonders klar in den Fällen, in denen die Vollmacht zu ihrer Gültigkeit einer besonderen Form bedarf. Wenn ein Grundstückseigentümer jemanden mit der Auflassung seines Grundstückes beauftragt und dieser zustimmt, so ist der Auftrag gültig zu stande gekommen, der Andere ist aber nicht in der Lage ihn auszuführen, so lange nicht die in grundbuchmässiger Form auszustellende Auflassungsvollmacht erteilt ist.

In seinen Wirkungen (und darauf kommt es uns hauptsächlich an): das materielle Vertragsverhältnis regelt die Beziehungen zwischen den Kontrahenten, erzeugt Rechte und Pflichten, vermag aber eine Wirkung nach aussen nicht auszuüben. Die Vollmacht dagegen wirkt nur nach aussen, sie vermag als solche im Innenverhältnisse zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem keine Rechtsbeziehungen zu schaffen, sie begründet kein obligatorisches Verhältnis, schafft keine Rechte und Pflichten (auch keine besondere Treuepflicht). Ihre Wirkung ist lediglich die Befugnis des Bevollmächtigten, in den Grenzen seiner Vollmacht für den Andern rechtlich wirksam zu handeln.

In diesem letztgenannten Moment liegt der Wesensunterschied der Vollmacht von den genannten Vertrags- und, wenn man will, auch Vertrauensverhältnissen, der sie über diese Verhältnisse hinaushebt. Diese eine Eigenschaft der Vollmacht nur kann es sein, die den Gesetzgeber veranlasst hat, sie zur Grundlage des Untreuedelikts in privaten Verhältnissen zu erheben.

III. Mit dieser rechtlichen Verfügungsbefugnis, die der Grund für die Pönalisierung der Bevollmächtigtenuntreue ist, muss folgerichtigerweise die zu bestrafende Handlung in irgend einem Zusammenhange stehen. Der Wortlaut des Gesetzes: „Bevollmächtigte, welche .... verfügen“ gibt in dieser Beziehung gar keinen Anhalt. Auch die herrschende Lehre lehnt, wie erwähnt, Verfügungen des Bevollmächtigten als nicht unter die Untreue fallend ab, wenn sie „ausserhalb jedes Zusammenhanges“ mit der Vollmacht stehen, und doch würden auch diese Verfügungen dem reinen Wortlaut des Gesetzes genügen. Also irgend eine Beziehung der Handlung zur Vollmacht m u s s stattfinden. Wie eng diese Beziehung sein muss, dies aus Gründen des Verstandes und der Logik zu entwickeln, ist Sache der Wissenschaft.

Nach den bisherigen Ausführungen muss man notwendigerweise zu dem Schlusse kommen, dass das Gesetz hier nur solche Handlungen hat unter Strafe bringen wollen, die der Täter innerhalb der Grenzen der ihm erteilten Vollmacht vornahm, zu denen ihn seine Vollmacht berechtigte. Geht er über diese Grenzen hinaus, eignet er sich beispielsweise unter Überschreitung seiner Vollmacht ein Vermögensstück des Machtgebers an, so fehlt der Handlung das wesentliche Charakteristikum, das sie von anderen Handlungen unterscheidet; sie wird zur gewöhnlichen Unterschlagung, die geradeso gut von jedem andern Täter verübt werden könnte. Das den Bevollmächtigten vor anderen kennzeichnende Moment, das seinen Handlungen ihre besondere Eigenart verleiht, besteht darin, dass diese Handlungen kraft Rechtens vorgenommen werden. Die Vollmacht verleiht ihm die Befugnis, für den Vollmachtgeber rechtlich zu handeln, eine äussere Legitimation, die er vorweisen kann, auch bei Vornahme von Verfügungen, die seinen Machtgeber benachteiligen, sofern sie nicht aus dem Rahmen der Vollmacht herausfallen. Es ist zwar nur eine formale Berechtigung, oft nur ein Schein von einer Berechtigung, die ihm zur Seite steht, aber sie besteht doch, und während andere das Vermögen schädigende Handlungen sich von vornherein als verbrecherische kennzeichnen, pocht hier der Täter auf das ihm zustehende Recht.

Dieser Charakter der Untreuehandlungen geht verloren, sobald der Täter nicht mehr auf Grund der ihm durch die Vollmacht gewährten Befugnisse innerhalb seiner Zuständigkeit handelt.

Das Reichsgericht freilich scheint sich der Ansicht zuzuneigen, dass die Untreue erst dort ihr eigentliches Feld findet, wo die Vollmacht bereits überschritten ist. In Entsch. 14. 184 heisst es: „dass er (der Bevollmächtigte) dabei unbefugt und unter Überschreitung und Verletzung der Vollmacht handelt, entscheidet nicht, weil das Handeln, welches der § 266 No. 2 St.G.B.s unter Strafe stellt, stets ein absichtliches Zuwiderhandeln gegen die Vollmacht ist.“

Es will uns scheinen, als ob das Reichsgericht den Vollmachtsbegriff hier nicht richtig angewandt habe. Wenn an Stelle des Ausdrucks Vollmacht in den zit. Worten „das wahre Interesse des Machtgebers“ eingesetzt würde, wäre der Satz allerdings voll zu unterschreiben. Wahrscheinlich hat das Reichsgericht hier, wie vielfach, den „Auftrag“ gemeint, der ja den meisten Bevollmächtigungen zugrunde

liegt.[1]) In einer anderen Entsch. (32. 26) drückt es denselben Gedanken folgendermassen aus: „Denn der § 266 No. 2 setzt gerade eine Verletzung der dem Bevollmächtigten obliegenden Pflichten .... voraus". Auch hier ist u. E. die Vollmacht und das zugrunde liegende Schuldverhältnis nicht auseinander gehalten. Denn wie oben festgestellt ist, erwachsen dem Bevollmächtigten aus der Vollmacht keine Pflichten, sondern höchstens aus dem zugrunde liegenden Schuldvertrag. Dennoch redet das Reichsgericht auch sonst gern von den „aus dem Vollmachtsvertrage entspringenden Pflichten des Bevollmächtigten" (E. 32. 30) und von einer „Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchem obliegenden Pflichten" (E. 32. 26), und zählt zu diesen Pflichten beispielsweise die Restitution der auf Grund der Vollmacht erlangten Sachen.[2])

Wenn man schon von einer besonderen dem Bevollmächtigten „als solchem" und allein obliegenden Pflicht sprechen will, so kann es sich nur um die Pflicht handeln, die durch die Vollmacht gewährte bequeme Gelegenheit, unter dem Deckmantel äusserer Legitimation das Vermögen des Vollmachtgebers zu schädigen, nicht zu missbrauchen. Auch diese Verpflichtung kann zwar gesetzlich streng genommen nur aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis, z. B. dem Auftrage, hergeleitet werden, jedoch kann sie ihrem Inhalte nach nur bei Vollmachtsverhältnissen vorkommen, weil es anderswo an der rechtlichen Verfügungsbefugnis mangelt, und bildet insofern eine Besonderheit dieser Verhältnisse.

Die Charakterisierung der Bevollmächtigtenuntreue als missbräuchlicher Ausnutzung der dem Täter verliehenen Vertretungsmacht bringt es mit sich, dass nur r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e Verfügungen unter ihren Begriff fallen können, nie tatsächliche Handlungen. Denn Vertretung im Rechtssinn heisst Vornahme von Rechtsgeschäften für

[1]) In derselben Entscheidung findet sich folgender Satz: „Dem Machtgeber gegenüber ist der Beauftragte Bevollmächtigter, auch wenn er Dritten gegenüber als Bevollmächtigter nicht mehr auftreten kann oder darf." Dieser Satz bedeutet u. E eine vollständige Verkennung des Wesens der Vollmacht, deren Wirkung sich auf das Aussenverhältnis beschränkt. Die einzige Wirkung der Vollmacht gegenüber dem Vollmachtgeber, die übrigens aufs innigste mit der Aussenwirkung zusammenhängt, ist, dass der Vollmachtgeber Handlungen des Bevollmächtigten innerhalb der Grenzen der Vollmacht für und gegen sich wirken lassen muss; Voraussetzung für solche Handlungen ist aber, dass der Bevollmächtigte Dritten gegenüber auch als Bevollmächtigter auftritt.

[2]) Vgl. E. 14. 184, 17. 241, 32. 30 u. a. Diese Anschauung des Reichsgerichts ist praktisch von grosser Bedeutung bei der Frage, inwieweit nach beendigter Vollmacht noch Untreue begangen werden kann. Darüber unten.

einen Anderen mit rechtlicher Wirkung. Die Wirksamkeit blosser Rechtshandlungen für einen Anderen ist vom Rechte grundsätzlich nicht anerkannt, noch weniger eine Vertretung in rein tatsächlichen Handlungen. Diese können sich also nie als Missbrauch einer rechtlichen Verfügungsmacht darstellen.

Nun verlangt auch das Reichsgericht und mit ihm die herrschende Lehre als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 266 No. 2 eine rechtliche Vertretungsmacht des Täters, die „Übertragung und Übernahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person“ (Rspr. 9. 356, 5. 21). „Der Begriff des Bevollmächtigten im Sinne der angezogenen Gesetzesvorschrift setzt voraus das Bestehen einer privatrechtlichen Vertretungsbefugnis, der rechtlich begründeten Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten“ (E. 19. 271).[1] Trotzdem straft das Reichsgericht auch rein tatsächliche Handlungen und Verfügungen, wie das Aneignen und Beschädigen von Sachen als Untreue. Es will uns als Inkonsequenz und als logischer Fehler erscheinen, wenn zur Möglichkeit der Begehung des Delikts zunächst die Befugnis des Täters zur r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e n Verfügung über Vermögensstücke des Vollmachtgebers gefordert wird und dann rein t a t s ä c h l i c h e Handlungen unter die Untreue gezogen werden. Als ob die ratio legis dahin ginge, nur die P e r s o n des Täters und nicht vielmehr seine H a n d l u n g e n zu charakterisieren.

Zwar äussert sich gelegentlich auch das Reichsgericht dahin, dass durch § 266 Ziff. 2 nach seinem Wortlaut nur solche Verfügungen getroffen würden, welche der Bevollmächtigte als solcher vornehme (Rspr. 5. 21) d. h. also nur rechtsgeschäftliche Verfügungen innerhalb seiner Vertretungsgewalt — denn sonst kann er nicht „als Bevollmächtigter“ handeln —; aber zu solcher Äusserung steht die ständige Praxis in schroffem Gegensatz. Hier genügt es stets, wenn der Täter auf Grund der Vollmacht ein bloss tatsächliches Machtverhältnis zum Vermögensstück des Vollmachtgebers erlangt hat und dieses missbräuchlich zum Schaden des Andern ausnutzt, eine tatsächliche Verfügungsmöglichkeit, wie sie beliebige obligatorische Verhältnisse, wie Auftrag, Dienstvertrag, Miete, auch ohne Verbindung mit einer Vollmacht ebenfalls und in demselben Umfange gewähren.[2])

---

[1]) Vgl. auch E. 3. 283, 11. 241.

[2]) Auf diese Weise werden reine Unterschlagungen als Untreue bestraft, vgl. z. B. E. 16. 241: (Jemand erhält von einem Andern Wertpapiere leihweise überlassen

Diese Praxis führt zu bedenklichen Konsequenzen. Beauftrage ich jemanden, auf meinen Namen ein Buch beim Buchhändler zu kaufen, und er eignet sich dieses an, oder beschädigt es, so wird er wegen Untreue bestraft. Nicht dagegen der gute Freund, dem ich auf seine Bitten ein kostbares Prachtwerk leihweise anvertraut habe, und der damit nun dieselben Handlungen vornimmt. Wirft man mir ein, der Freund würde ja schon wegen Veruntreuung bestraft, die Bestrafung wegen Untreue sei daher hier ganz überflüssig, so sei darauf erwidert, dass dies auch beim Bevollmächtigten in allen hier in Betracht kommenden Fällen zutrifft, was sogleich nachzuweisen sein wird.

Oder wenn ich meinen Diener zum Zigarrenhändler schicke, damit er mir eine Kiste Zigarren besorge, er kauft sie für mich und raucht sie dann selbst auf, bezw. verschenkt sie: er würde wegen Untreue verurteilt. Aber wenn ich zufällig schon selbst die Zigarren gekauft und demselben Diener nur den Auftrag erteilt hätte, die Kiste abzuholen und mir zu bringen, so könnte der Diener hier aus § 266 No. 2 nicht bestraft werden, auch wenn er ganz dieselben Manöver vornähme; denn es fehlt an einer Vollmacht.

Diese Verschiedenheit in der rechtlichen Beurteilung der angezogenen Fälle entspricht aber keinesfalls der natürlichen Auffassung und einem gesunden Rechtsgefühl. Vielmehr würde sich dieses für ihre Gleichbehandlung entscheiden.[1])

§ 4. Die Bevollmächtigtenuntreue im Verhältnis zu den übrigen Vermögensdelikten.

Eine sehr wichtige Konsequenz der hier vertretenen Auffassung, nach der nur solche Handlungen unter die Untreue fallen können, die ihre r e c h t l i c h e Grundlage in der Vollmacht suchen, zeigt sich in dem Verhältnis des Delikts zu anderen den Schutz des Vermögens bezweckenden Tatbeständen.

Es ist bereits in der Einleitung darauf hingewiesen worden, dass die Ziff. 2 des § 266 bei der Kommissionsberatung unseres St.G.B.s zu dem ausgesprochenen Zwecke aufgenommen ist, den Unterschlagungs-

zur Verpfändung für ein aufzunehmendes Darlehn und veräussert sie). E. 32. 30: (Ein Rechtsanwalt nimmt für seinen Mandanten Zahlungen entgegen und unterschlägt die empfangenen Gelder).

[1]) Über die Literatur vgl. ausführlich weiter unten.

tatbestand zu ergänzen. Die Unterschlagung erstreckt sich lediglich auf bewegliche Sachen; wichtige Bestandteile fremden Vermögens, wie Forderungen und Liegenschaften, unterfallen ihr nicht. Sollte ein wirksamer und vollständiger Strafrechtsschutz des gesamten Vermögens bestehen, so musste ein Tatbestand geschaffen werden, der eine Aneignung von Forderungen und unbeweglichem Gut darstellte.[1]) Ein solcher Tatbestand sollte die Bevollmächtigtenuntreue des § 266 No. 2 sein.

I. Sie sollte also die Lücken, die bezüglich des strafrechtlichen Schutzes fremden Vermögens die Unterschlagung offen lässt, ausfüllen, eine Ergänzung des § 246 inbezug auf Forderungen und Grundstücke sein. Und in der Tat wird die Bevollmächtigtenuntreue ihrer Aufgabe gerecht, indem sie sämtliche in Betracht kommenden benachteiligenden Verfügungen mit ihrem Tatbestande ergreift.

Diese Behauptung erscheint bedenklich, wenn nur solche Handlungen unter die Untreue fallen sollen, die der Täter auf Grund der Vollmacht vorzunehmen befugt war. Denn es ist zuzugeben, dass der Tatbestand der Untreue dadurch gegenüber der herrschenden Lehre derart eingeengt wird, dass der Hauptteil der z. B. vom Reichsgericht als Untreue behandelten Fälle nunmehr aus diesem Rahmen ausscheiden muss. Es soll daher hier zunächst untersucht werden, ob die Bevollmächtigtenuntreue in dieser Gestalt die erwähnte Aufgabe, die Unterschlagung zu ergänzen, auch wirklich zu erfüllen vermag.

Was zunächst die Grundstücke betrifft, die durch die Untreue geschützt werden sollen, und die Rechte an solchen, so ist eine tatsächliche Verfügung über sie kaum möglich.[2]) Die Wirksamkeit rechtlicher Verfügungen ist aber nach dem heutigen Rechtszustande von der Eintragung in das Grundbuch abhängig, die nur mit Bewilligung des Berechtigten oder seines gehörig legitimierten Bevollmächtigten erfolgt. Wer also über Grundstücke eines Anderen oder über Rechte an solchen zu dessen Nachteil verfügen will, kann es nur tun auf Grund und in den Grenzen einer von diesem erhaltenen Vollmacht. Überschreitet er die

[1]) Es ist dies zwar ausdrücklich nur von Forderungen ausgesprochen, aber auch bezüglich des unbeweglichen Vermögens liegt das Bedürfnis nach Strafrechtsschutz ja auf der Hand. Es ist daher in die Erörterung mit hineingezogen worden.

[2]) Ein dahin gehender Versuch würde aber vielleicht zu einer Bestrafung wegen Hausfriedensbruchs führen; auch eine Sachbeschädigung wäre möglich, da § 303 St.G.B.s sich auch auf unbewegliche Sachen bezieht.

Vollmacht, so kann keine Eintragung ins Grundbuch und keine rechtliche Veränderung erfolgen.

Ähnlich steht es mit den Forderungen. Es ist zweckmässig, hier die Fälle, in denen die Forderung in einem Wertpapiere verkörpert ist, von solchen zu scheiden, in denen sie ohne eine solche Verkörperung einem bestimmten Gläubiger zusteht.

Bei diesen letzteren sind nur rechtliche, nie tatsächliche Verfügungen denkbar. Eine rechtliche Verfügung über eine fremde Forderung kann aber nur vorgenommen werden auf Grund gültiger vom Berechtigten erteilter Vollmacht.[1]) Sonst wäre die Verfügung nicht wirksam; denn ein gutgläubiger Forderungserwerb ist im geltenden Rechte nicht anerkannt, ebensowenig die Wirksamkeit einer gutgläubigen Erfüllung seitens des Schuldners an einen Unberechtigten. Wenn es beispielsweise jemand gelingen würde, die einem Andern zustehende Forderung für sich einzuziehen, ohne dass er durch eine Vollmacht dazu befugt ist, so wäre nur das Vermögen des Schuldners, nicht das des berechtigten Gläubigers geschädigt, weil der Bestand der Forderung unberührt bleibt. Freilich wird der Einziehende regelmässig wegen Betruges gegen den Schuldner bestraft werden können.

Ist die Forderung dagegen in einem Wertpapiere verkörpert, z. B. in einem Inhaberpapier, so ist dieses eine bewegliche Sache, an der sehr wohl Unterschlagung begangen werden kann.[2])

In Betracht kämen endlich noch Verfügungen über begrenzte dingliche Rechte. Wie schon erwähnt, lassen solche Rechte, soweit sie an Grundstücken bestehen, Verfügungen nur auf Grund und in den Grenzen einer Vollmacht zu. Für bewegliche Sachen kommen nur Niessbrauch und Pfandrecht in Frage. Die nähere Betrachtung lehrt,

---

[1]) Natürlich auch auf Grund gesetzlicher Vertretungsmacht, z. B. des Vormundes; diese Fälle gehören jedoch nicht hierher, wir kommen darauf noch zurück.

[2]) Im einzelnen ist hier freilich manches zweifelhaft, insbesondere die Behandlung des Sparkassenbuches, eines Legitimationspapieres, für den Fall, dass der Täter nur einen bestimmten Betrag abheben und darauf das Buch dem Berechtigten wieder zustellen wollte. Ob eine Aneignung des Buches hier vorliegt, ist sehr bestritten. Dafür ist das Reichsgericht (E. 22. 2, 26. 152) und Frank, dagegen beispielsweise v. Liszt, Binding, weil die Substanz des Buches unverändert dem Eigentümer bleibe. Dafür nehmen die letzteren Betrug gegenüber der Sparkasse an. Man kann diesen Fall jedenfalls nicht als Lücke im Gesetz bezeichnen, die die Untreue auszufüllen berufen wäre.

dass auch über diese Rechte regelmässig nur auf Grund einer Vollmacht verfügt werden kann.

II. Steht somit fest, dass die Bevollmächtigtenuntreue als Missbrauch rechtlicher Vertretungsmacht die Lücken des Unterschlagungstatbestandes, soweit dies beabsichtigt, ausfüllt, so beschränkt sie sich andererseits hierauf, und darauf kommt es hier nun hauptsächlich an; sie greift nicht über in das Herrschaftsgebiet schon bestehender strafrechtlicher Tatbestände, nur in ihrer eigenen Form ist sie begehbar und nicht zugleich als Unterschlagung oder Sachbeschädigung.

Es muss das Ziel und Streben jeder Strafgesetzgebung sein, ein derartiges Verbrechenssystem zu schaffen, dass die einzelnen verbrecherischen Tatbestände einmal alle strafwürdigen Handlungen unter Strafe ziehen, dann aber, dass sie sich nicht gegenseitig durchkreuzen, sondern „grenznachbarlich“ aneinander gereiht sind. Das erste ist ein selbstverständliches Erfordernis, das seine Begründung in dem Bedürfnisse nach Strafrechtsschutz überhaupt findet, die zweite Forderung wird erst bei einer verfeinerten legislatorischen Technik auftauchen und rechtfertigt sich aus dem Streben nach Schärfe und Klarheit in der systematischen Durchbildung des Strafgesetzes und nach möglichster Vereinfachung seiner praktischen Anwendung. Das Gesetz muss unübersichtlich und unklar werden, wenn die Deliktsbegriffe verschwindend ineinander übergreifen, derart dass eine und dieselbe Handlung so gut unter diesen wie unter jenen Tatbestand gezogen werden kann, für die Spruchpraxis aber wird dadurch „eine Quelle fortwährender Subsumtionsverlegenheiten“ (Wahlberg) geschaffen und so eine bedenkliche Unsicherheit der gesamten Rechtsprechung erzeugt.

Es ist ja zuzugeben, dass die volle Befriedigung dieser Forderung ein Ideal darstellt, das wohl nie erreicht werden wird, und der Gesetzgeber hat Mittel und Wege gefunden, den im Falle des Zusammentreffens mehrerer Tatbestände hervortretenden Mängeln durch Aufstellung besonderer Vorschriften (vgl. § 73 St.G.B.s) abzuhelfen.[1]) Aber diese Vorschriften dürfen doch nur als Aushilfe für den Fall der Unmöglichkeit, die genannte Forderung zu erfüllen, betrachtet werden. Ist eine solche Unmöglichkeit nicht vorhanden, so wird man es als verfehlt ansehen müssen, wenn ein neu aufgestellter Tatbestand die bestehenden nicht nur ergänzt und tangiert, sondern zugleich in sie über-

[1]) Natürlich bleiben hier die besonders gearteten Tatbestände, die im Verhältnis der lex generalis zur lex specialis stehen, unberücksichtigt.

greift. In diesem Sinne ist Binding völlig zuzustimmen, wenn er sagt:[1] „Tatbestände, die sich als Ausschnitt aus einer grossen Zahl anderer darstellen, zugleich aber auch ein Stück über sie hinaus ragen, sind technisch völlig misslungen." Dies gilt auch bei der Untreue. Schon Wahlberg (S. 185) stellt den Satz auf, dass die Untreue sich an die bestehenden Tatbestände „so eng anzuschliessen hat, dass Fälle der Untreue nicht unter andere verwandte Deliktsbegriffe fallen".

Nach dem Gesagten muss es als besonders wertvoll und dem wahren Willen des Gesetzgebers entsprechend gelten, wenn die Untreue — es handelt sich vorläufig immer nur um die Bevollmächtigtenuntreue — in der hier vertretenen Auffassung die gedachte Forderung erfüllt.

Das vermag sie in der Tat. Denn wenn die Untreue missbräuchliche Ausnutzung rechtsgeschäftlicher Vertretungsbefugnis sein soll, ein Handeln in der Eigenschaft als Bevollmächtigter und in den durch die Vollmacht gezogenen Grenzen, so kann sie schon deshalb nicht als Unterschlagung, Sachbeschädigung u. s. w. begangen werden, weil im allgemeinen die Vollmacht niemals auf Verübung eines Deliktes gehen wird.[2] Der Täter handelt dann also nicht mehr auf Grund der Vollmacht, wenn er die fremde Sache unterschlägt oder beschädigt, und damit muss die Untreue entfallen.

Dass die Vollmacht regelmässig die Befugnis zur Vornahme einer strafbaren Handlung nicht geben wird, erhellt auch daraus, dass bei den hier in Betracht kommenden Delikten wie Diebstahl, Betrug, Sachbeschädigung, Urkundenbeseitigung die Handlung eine rein tatsächliche ist, während die Vollmacht nur die Vornahme von Rechtsgeschäften gewährt und dementsprechend auch die Untreuehandlungen begrenzt sind.

Bei der Unterschlagung freilich kann die erforderte Zueignung auch leicht in einer rechtlichen Verfügung bestehen, z. B. in einer Veräusserung einer Sache. In diesem einen Falle wäre es denkbar, dass die Vollmacht auch die Befugnis zu der Aneignungshandlung gewährte. Diese dürfte dann aber, da sie sich auf eine dem Täter gewährte rechtliche Befugnis gründet, keine „rechtswidrige" Zueignung mehr darstellen, und § 246 St.G.B.s könnte keine Anwendung finden.

---

[1]) Lehrb. S. 397 Anm. 1.

[2]) Vgl. Dernburg S. 536: „Auch wer eine umfassende Generalvollmacht hat, ist zu Geschäften nicht befugt, die ersichtlich keine wirtschaftliche Natur haben".

Danach ist ein Zusammentreffen von Untreue mit einem der Vermögensdelikte ausgeschlossen, und eine Idealkonkurrenz unmöglich. Das Reichsgericht kommt, wie früher erwähnt, von seinem Standpunkte durchaus folgerichtig, zu dem entgegengesetzten Ergebnis, und man braucht seine Entscheidungen nur zu verfolgen, um zu ersehen, wie häufig danach in der Praxis eine Idealkonkurrenz, insbesondere zwischen Untreue und Unterschlagung, vorkommt.[1]) „Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen wie des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betrugs, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz massgebend" (E. 3. 283). Gegen diesen Satz ist, wenn man an Stelle des ungenauen „Treubruchs" die Deliktsbezeichnung „Untreue" setzt, nichts einzuwenden; er entspricht vollkommen dem anzuwendenden § 73 St.G.B.s. Nur tritt der darin angenommene Fall, dass nämlich die Untreue zugleich dem Tatbestande anderer Vergehen genügt, dass derselbe Handlungserfolg[2]) zugleich den Tatbestand des § 266 und des § 246 erfüllt, nach unseren obigen Ausführungen nicht ein.

Dieses Ergebnis muss als Wille des Gesetzgebers gelten. Weder aus dem Gesetze selbst kann etwas anderes hergeleitet werden, noch aus den Motiven, die ja am ehesten einen Anhaltspunkt für die gesetzgeberischen Absichten bieten. Aus diesen ist nur zu entnehmen, dass die Bevollmächtigtenuntreue, wie schon erwähnt, dem Zwecke der Ergänzung dienen sollte, dem sie nach den bisherigen Ausführungen als Missbrauch rechtlicher Vertretungsbefugnis am besten (nämlich auch insofern, als sie nicht über diesen Zweck hinaus schiesst) gerecht wird.

Damit erringt die Untreue aber erst ihre volle Selbständigkeit. Denn während sie nach der Theorie des Reichsgerichts und der herr-

---

[1]) Vgl. ausser den auf S. 12 angeführten Entsch. noch Rspr. 9. 635, 10. 201, 10. 251.

[2]) Vielleicht wäre es denkbar, dass dieselbe Handlung mehrere Erfolge nach verschiedenen Seiten aufweist und einmal als Untreue, zugleich einem Andern gegenüber als Betrug erscheint. Z. B. die Verfügung des Bevollmächtigten B über ein Vermögensstück des Vollmachtgebers A absichtlich zum Nachteile desselben ist gleichzeitig darauf berechnet, in einem dritten C einen Irrtum zu erregen und ihn zu einer ihn schädigenden, den B bereichernden Vermögensdisposition zu veranlassen. Ein solcher Tatbestand, der allerdings nach § 73 behandelt werden müsste, kann aber hier unberücksichtigt bleiben, da er in subjektiver Hinsicht eine scharfe Spaltung aufweist, die ihm zusammen mit den verschieden gearteten Erfolgen den Charakter der Einheitlichkeit nimmt.

schenden Lehre noch als Unterschlagung, Sachbeschädigung, Betrug u. s. w. verübt werden konnte, ist sie nun nur noch in ihrer eigenen Form begehbar. Erst jetzt reiht sie sich als innerlich einheitlicher gleichwertiger Tatbestand an die bereits vorhandenen Vermögensdelikte an, gekennzeichnet durch das ganz besondere Mittel des Angriffs, den erwähnten Missbrauch rechtlicher Verfügungsmacht, und dadurch sich von allen anderen Tatbeständen scharf unterscheidend.

Die soeben dargelegte Unmöglichkeit einer Idealkonkurrenz ist hergeleitet worden lediglich aus dem Wesen und Inhalte des Untreuedelikts selber, wonach sein Herrschaftsgebiet in der geschilderten Weise begrenzt werden muss. B i n d i n g will in seinem Handbuch auf andere Weise zu demselben Ergebnis gelangen. Er führt aus:[1]) „Die einfachen Verbrechenstypen treten dem Gesetzgeber am frühesten klar vors Auge. Zur Aufstellung der verwickelteren Begriffe schreitet er dann erst, wenn sich die Unzulänglichkeit der einfacheren ergeben hat. Seine Absicht ist dann regelmässig, das Gebiet des komplizierten Verbrechens da beginnen zu lassen, wo das einfachere aufhört.... Das Vergehen der Untreue ist nur da anzunehmen, wo eine Veruntreuung nicht vorliegt". Eine Idealkonkurrenz von Untreue und Unterschlagung sei daher unmöglich.

Diesen Ausführungen ist nicht zuzustimmen. Dass der Gesetzgeber regelmässig die Absicht hat, das Gebiet des späteren komplizierten Verbrechens erst da beginnen zu lassen, wo das bestehende einfachere aufhört, ist freilich richtig und an anderer Stelle hier auch schon ausgesprochen. Aber diese Absicht des Gesetzgebers tritt in Aktion und Wirksamkeit doch nur bei der Feststellung des Strafgesetzes und der Formulierung der Verbrechenstatbestände und kann nur herangezogen werden bei der aus dem Gesetzeswortlaute heraus zu bestimmenden Auslegung des einzelnen Tatbestandes. Dagegen hat das Gesetz für das Verhältnis mehrerer Tatbestände zueinander eine Vorschrift im § 73 gegeben, die unbedingte Gültigkeit beanspruchen und nicht durch Erwägungen über die spätere Entstehung eines verwickelteren Tatbestandes ausser Kraft gesetzt werden kann. Wir müssen das Gesetz als fertiges Ganzes behandeln, nicht als einen Entwickelungsprozess.

Gegen diese Ansicht B i n d i n g s wendet sich auch D r a h e i m (S. 56 ff.), der nachweist, dass die §§ 246, 266 nicht im Verhältnis der

---

[1]) H.B. S. 363.

Gesetzeskonkurrenz zueinander stehen, weshalb § 73 Anwendung finden müsse.

Es scheint uns dies der geeignete Ort, auf die bestehende Literatur über die Untreue kurz einzugehen. Denn das Behaupten oder Leugnen einer Idealkonkurrenz der Untreue mit anderen Delikten ist so recht eigentlich das entscheidende Merkmal für die Stellungnahme zu der hier vertretenen Ansicht. Es ist nämlich merkwürdig, wie viele Schriftsteller Sätze aufstellen, die genau unseren bisherigen Ausführungen entsprechen; so erfordert Olshausen (§ 266 No. 7)[1], „dass die Handlungen des Täters ihre Grundlage in den dem Täter als Bevollmächtigtem zustehenden Befugnissen haben", Draheim (S. 18), dass der Bevollmächtigte „für den Gläubiger und an seiner Statt" gehandelt hat, und Konrad (S. 41) verlangt „ein Verfügen in der Eigenschaft als Bevollmächtigter". Trotzdem schliessen sie sich alle (inkonsequent) der Reichsgerichtstheorie vollkommen an, verteidigen insbesondere die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz.[2]) Auf diesem Standpunkte steht überhaupt die gemeine Meinung.[3]) Sie befindet sich noch ganz im Banne der alten Treubruchstheorie; wenn auch die Formulierungen im einzelnen erhebliche Abweichungen aufweisen, der Gedanke und die Konsequenzen sind dieselben. Auch Frank, der Untreue nur dann annimmt, „wenn der Täter gerade auf Grund des Verhältnisses gehandelt hat, das ihn zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verpflichtet",[4]) hielt bisher eine Idealkonkurrenz für sehr wohl möglich.[5]) Neuerdings nähert er sich jedoch im Gegensatz dazu der hier vertretenen Bindingschen Ansicht, indem er trotz Annahme eines Treuverhältnisses verlangt, dass die Handlung des Täters innerhalb seiner Zuständigkeit liegen muss und daraus folgert, dass eine Idealkonkurrenz mit anderen Delikten „im allgemeinen ausgeschlossen" ist. (Frank § 266 III a. E.).

Es ist das grosse Verdienst Bindings, auf die Veränderung, die der Charakter der Untreue durch Aufnahme der No. 2 in den § 266 St.G.B.s erfahren musste, hingewiesen zu haben. Unter seinem Ein-

---

[1]) Vgl. auch § 266 No. 9 c.

[2]) Olshausen § 266 No. 16, Draheim S. 56 ff., Konrad S. 43 f.

[3]) Vgl. ausser den Genannten Ammon S. 89, Meyer S. 500, Hälschner S. 394, Berner S. 591.

[4]) Frank § 266 I 2, wie schon 3./4. Aufl. § 266 II 1.

[5]) Vgl. Frank 3./4. Aufl. § 266 VIII.

fluss widmet auch Draheim, der im übrigen auf der Seite der Gegner steht, der „Wandlung des Charakters der Untreue" einen besonderen Abschnitt am Schlusse seiner Schrift (S. 69 ff.), übrigens noch nicht klar und folgerichtig, indem er in dem Bestreben, einen Parallelismus zwischen Untreue und Veruntreuung aufzudecken, das die Untreue nach den veränderten Gesichtspunkten charakterisierende Moment, die dem Täter „rechtlich eingeräumte Machtstellung" in gleicher Weise bei der Veruntreuung verwirklicht findet. Einen ähnlich unklaren Standpunkt vertritt auch Engelhardt, der zunächst (S. 11 f.) mit voller Entschiedenheit das Recht des Täters zum Handeln, die rechtliche Verfügungsbefugnis als Charakteristikum der Untreue, das sie von allen anderen Delikten unterscheidet, hervorhebt und für die Unmöglichkeit einer Idealkonkurrenz eintritt, später aber (S. 40) — gänzlich unmotiviert — in völliger Anlehnung an das Reichsgericht und mit den Worten der bereits früher zit. Entsch. 32. 26 es für ausreichend zur Annahme von Untreue erklärt, dass die „benachteiligende Handlung nicht ausserhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage steht". Auch scheint er die „rechtliche Verfügungsmacht", die doch lediglich die Bedeutung einer bloss formellen Befugnis und äusseren Legitimation hat und stets im Gegensatz zu den dem Täter obliegenden Pflichten steht, mehr als materielle Berechtigung fassen zu wollen, woraus sich auch eine gelegentliche Vermischung von Vollmacht und Auftrag ergibt. Die erste ausführliche Begründung und Entwickelung der richtigen Bindingschen Auffassung hat Cartier (S. 95 ff.) — der Überschrift nach de lege ferenda, in Wirklichkeit ganz auf dem Boden des Strafgesetzbuches stehend — unternommen, der in den wesentlichen Punkten mit den vorstehenden Ausführungen übereinstimmt;[1]) ebenso vor allem Binding Lehrb. S. 396 ff.[2]) Zu erwähnen ist übrigens, dass auch v. Liszt (S. 455 Anm. 1), der sonst die Frage offen lässt, der hier vertretenen Ansicht zuzuneigen scheint, indem er den „Missbrauch recht-

[1]) In Cartiers Ausführungen sind allerdings mehrfach Irrtümer unterlaufen. So ist es z. B. nicht richtig, dass § 246 zu § 266 St.G.B.s im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz steht und „mit seinem beschränkteren Geltungsgebiet als die speziellere Norm" vor § 266 den Vortritt hat. Auch gibt Cartier die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz — im Widerspruch mit seinen eigenen Ausführungen — zwischen Untreue einerseits und Betrug und Falschbeurkundung andererseits zu (S. 107 f., vgl. 104 f.). Die dafür angeführten Beispiele dürften anders zu beurteilen sein.

[2]) In seinem Lehrb. geht Binding ganz unabhängig von der im H.B. (S. 363) vertretenen, u. E. unzutreffenden Ansicht vor.

licher Macht" als das die Untreue kennzeichnende Mittel des Angriffs nennt.

§ 5. Über Subjekte und Handlung der Bevollmächtigtenuntreue.

Nachdem im Vorhergehenden die prinzipiellen Grundlagen für die Bevollmächtigtenuntreue und ihr Verhältnis zu anderen Delikten gewonnen sind, sollen hier noch einige Streitpunkte bezüglich der Subjekte und der Handlung des Delikts zur Erörterung gelangen, die sich von dem festgelegten Standpunkte aus unschwer entscheiden lassen.

I. Taugliche Subjekte sind nach dem Wortlaute des Gesetzes „Bevollmächtigte". Der Begriff der Vollmacht, aus dem weiterhin das Wesen und der Charakter des Untreuedelikts entwickelt wurde, ist bereits oben festgestellt als rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht, d. h. Befugnis für einen Andern rechtlich zu handeln, über fremdes Vermögen rechtlich zu verfügen. Diese Befugnis muss also der Täter besitzen. Ganz entsprechend verlangt das Reichsgericht eine „Übertragung und Übernahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person". [1])

Man darf nun nicht aus dem im Gesetze folgenden „Auftraggeber" schliessen, dass nur eine solche Vertretungsmacht in Betracht komme, die auf einem Auftrage beruhe.[2]) Es ist schon früher der Meinung Ausdruck gegeben worden, dass der Ausdruck „Auftraggeber" an Stelle des richtigeren „Vollmachtgeber" wahrscheinlich infolge der früher herrschenden Unklarheit über die grundsätzliche Verschiedenheit der Begriffe Vollmacht und Auftrag in das Gesetz gekommen ist. Man kann höchstens daraus entnehmen,[3]) dass die Vertretungsmacht auf einem freien Willensakt des Vollmachtgebers, auf einem Rechtsgeschäfte beruhe, was aber schon aus dem Begriffe der Vollmacht[4]) hervorgeht.

Das ist also erforderlich, dass die Vertretungs- und Verfügungsmacht des Täters ihr Entstehen auf ein Rechtsgeschäft zurückführt, das wiederum nicht nur Auftrag, sondern auch Dienst- oder Werkvertrag, auch Gesellschaftsvertrag sein kann. Jedoch ist es nicht nötig, dass auch ihr Umfang und Inhalt durch das Rechtsgeschäft bestimmt wird.

---

[1]) Vgl. Rspr. 9. 356 und oben S. 18. Ebenso die gemeine Meinung.

[2]) So Konrad S. 22.

[3]) So Cartier S. 11 und die gemeine Meinung.

[4]) Vgl. B.G.B. § 166 Abs. 2: Vollmacht = rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht.

Es gibt echte Vollmachten, deren Inhalt auf dem Gesetz beruht, die sogar einen gesetzlich notwendigen Umfang haben, wie z. B. die Prokura (§ 49f. H.G.B.s). Ihre Inhaber sind sehr wohl taugliche Subjekte der Bevollmächtigtenuntreue, wie allgemein anerkannt wird. Sie geben sogar ein treffliches Schulbeispiel zum Verständnis der Untreue, weil hier die Vollmacht einerseits und die Weisungen und Interessen des Vollmachtgebers, zu deren Wahrnehmung der Täter verpflichtet ist, andererseits scharf von einander geschieden sind, und das dazwischen gelegene Gebiet als geeigneter Boden für Untreuehandlungen klar hervortritt. Bei einer gewöhnlichen durch Auftrag erteilten Vollmacht, deren Umfang sich in dubio nach dem Auftrage richtet, wird gerade dies für das Verständnis wichtige Moment etwas verdunkelt, weil bei gleichem Umfang der Vollmacht und des zugrunde liegenden Auftrages kein Raum für die Begehung von Untreue zu bleiben scheint. Trotzdem ist solche sehr wohl möglich, wenn nämlich im konkreten Falle der Bevollmächtigte im Interesse des Geschäftsherrn verpflichtet wäre, von dem Auftrage abzuweichen, und nun entgegen dieser Verpflichtung innerhalb der Vollmacht absichtlich zu dessen Nachteile handelt. Zu den Vollmachten, deren Umfang das Gesetz bestimmt, deren Träger aber taugliche Subjekte des § 266 No. 2 sind, gehören auch die verschiedenen Arten der Handlungsvollmacht (§§ 54 ff. H.G.B.s).

Insoweit herrscht kein Zweifel. Dagegen ist die Vertretungsmacht der nicht von der Vertretung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter als Grundlage der Bevollmächtigtenuntreue sehr bestritten.

Das Reichsgericht nimmt Untreue als vorliegend an, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 266 No. 2 St.G.B.s erfüllt sind.[1]) Ihm schliessen sich Olshausen (§ 266 No. 6), Frank (§ 266 II 2) und Konrad (S. 26 f.) an. Dagegen vertritt fast die ganze übrige Literatur einen entgegengesetzten Standpunkt.[2])

Zunächst ist festzustellen, dass der offene Handelsgesellschafter zweifellos eine rechtliche Verfügungsmacht besitzt, wie sie notwendige Grundlage der Untreue sein muss. Bedenken sind nur darüber vorhanden,

---

[1]) Vgl. E. 19. 271: „Ein Bevollmächtigungsverhältnis liegt auch vor, wenn die bezeichnete vermögensrechtliche Vertretungsbefugnis nur die mittelbare aus dem Gesetze fliessende Folge eines anderen weitergehende Rechte und Pflichten begründenden Vertragsverhältnisses ist." Ebenso E. 23. 315.

[2]) Binding Lehrb. S. 399, Ammon S. 61, Draheim S. 25 Anm. 3, Cartier S. 12 Anm. 2, Meyer S. 499.

ob diese auf einem Rechtsgeschäft, einem freien Willensakt beruht, oder ob nicht vielmehr das Gesetz den offenen Handelsgesellschafter unter die in No. 1 § 266 aufgeführten gesetzlich bestellten Vertreter hätte aufnehmen müssen, wenn es ihn als taugliches Untreuesubjekt betrachtet wissen wollte. Dass die Vertretungsmacht einen gesetzlich fest bestimmten und notwendigen Umfang hat (§ 126 H.G.B.s), ist, wie erwähnt, unerheblich. Der Charakter einer gesetzlichen Vertretung im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Vollmacht wird hier jedoch daraus hergeleitet, dass lediglich auf Grund des Gesetzes mit dem Zusammenschlusse der Gesellschafter auch ihre Vertretungsmacht in Kraft tritt. Demgegenüber ist zu betonen, dass danach das Entstehen der Verfügungsmacht im Grunde doch von einem Rechtsgeschäfte, nämlich dem Gesellschaftsvertrage abhängig ist und darauf beruht. Der Charakter dieses ganzen Vorganges als einer freien Willensentschliessung wird noch dadurch verschärft, dass der offene Handelsgesellschafter nach § 125 H.G.B.s von der Vertretung ausgeschlossen werden kann. Die Nichtausschliessung des Gesellschafters im einzelnen Falle ist gerade so gut eine Übertragung der Vertretungsbefugnis wie z. B. die Erteilung der Prokura.

Man kann auch nicht sagen, dass es hier an einem Auftrag- oder Vollmachtgeber fehle. Erteilt wird die Vertretungsmacht — durch Abschluss des Vertrages und Nichtausschliessung von der Vertretung — von der Gesamtheit der Gesellschafter, die bei missbräuchlicher Ausnutzung der übertragenen Befugnisse durch den vertretenden Gesellschafter auch benachteiligt werden.

Es kommt noch dazu, dass die No. 1 des § 266 St.G.B.s nur solche Personen als Untreuetäter benennt, die einen öffentlichen Charakter tragen und durch einen behördlichen Akt zur Ausübung der Verfügungsmacht berufen sind. Weil beides beim offenen Handelsgesellschafter keineswegs zutrifft, wird er stets nur innerhalb der Bevollmächtigtenuntreue berücksichtigt werden können.

Alle diese Erwägungen rechtfertigen es vollkommen, dass man mit dem Reichsgericht auch den von der Vertretung nicht ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafter zu den nach § 266 No. 2 tauglichen Subjekten der Untreue zählt.[1])

---

[1]) Aus ähnlichen Erwägungen heraus hat das Reichsgericht auch folgende Personen für Bevollmächtigte erklärt: Mitglieder des Vorstandes sowie des Aufsichtsrats einer A.-G. E. 7. 279, Rspr. 4. 832, Liquidatoren einer in Konkurs gefallenen Ge-

Dagegen kann, was im Anschluss hieran auch noch kurz berührt werden mag, dem Reichsgerichte keinesfalls zugestimmt werden, wenn es auch dem Beamten diese Fähigkeit zuerkennt,[1]) indem es zwischen Funktionen obrigkeitlicher, technischer und wirtschaftlicher Art unterscheidet und bei den letzteren eine Bevollmächtigtenuntreue für möglich hält. Die Verfügungsmacht des Beamten beruht nicht auf einem Rechtsgeschäfte, sondern auf einem Staatshoheitsakte, jedenfalls auf einem Verhältnisse, auf das zivilrechtliche Grundsätze nicht angewandt werden können. Als Personen öffentlichen Charakters könnten die Beamten höchstens als Subjekte der Ziffer 1 § 266 möglich sein, da sie hier aber nicht genannt sind, auch unter den Beamtendelikten sich keine entsprechende Vorschrift findet, so können sie sich wegen Untreue nicht strafbar machen.[2]) Eine Ausnahme in dieser Hinsicht bildet nur der Gerichtsvollzieher mit seiner bekannten Doppelstellung. Er kann Untreue gegen seine Mandaten sehr wohl begehen.

Es bleibt noch zu erörtern, ob auch der indirekte Stellvertreter Untreue im Sinne der Ziffer 2 § 266 St.G.B.s begehen kann.

Das rechtliche Handeln für einen Andern kann auf zweierlei Weise geschehen: Der Vertreter kann im Namen des Machtgebers oder im eigenen Namen auftreten. Dementsprechend hat sich in der gemeinrechtlichen Theorie der Gegensatz zwischen direkter und indirekter Stellvertretung herausgebildet. Das geltende bürgerliche Recht kennt als besonderes Institut nur das Handeln für einen Andern in dessen Namen (vgl. § 164 B.G.B.), und beschränkt auch den Ausdruck „Vollmacht" auf diesen Fall. Bevollmächtigter im Sinne des B.G.B. ist also nur, wer Rechtsgeschäfte für einen Andern und in dessen Namen vornimmt.

In den Entsch. des Reichsgerichts in Zivils. 53. 274 heisst es: „Vollmacht ist .... die durch Rechtsgeschäft von jemand erteilte Macht, in dessen Namen Rechtshandlungen vorzunehmen. Von ihr ist zu unterscheiden, was in der neueren gemeinrechtlichen Theorie als „Er-

---

nossenschaft (Bevollmächtigte der Gesamtheit der Genossen gegenüber) E. 19. 185, Innungsvorstandsmitglieder Rspr. 8. 575.

[1]) Vgl. E. 15. 41.

[2]) Es liegt hier entschieden eine Lücke im Gesetze vor, die am besten durch Ergänzung der Beamtendelikte beseitigt würde. Ausführlich behandeln die ganze Frage im Gegensatz zum R.G. Ammon S. 69, Draheim S. 25, Konrad S. 29, Cartier S. 13 f. Ebenso Binding Lehrb. S. 400 Anm. 1, Meyer S. 499.

mächtigung" bezeichnet wurde ...., und was nach dem B.G.B. (§§ 182, 183, 185) neben anderem unter den Begriff der „Einwilligung" fällt, nämlich die im voraus einem Andern erklärte Zustimmung dazu, dass dieser durch Rechtshandlungen, die er im e i g e n e n Namen vornehmen werde, über ein Recht des Zustimmenden verfüge (§ 185 Abs. 1 B.G.B)". Hiernach ist die indirekte Stellvertretung, d. h. das rechtliche Handeln für einen Andern im eigenen Namen, zu beurteilen; Verfügungen, die in dieser Art erfolgen, sind zu behandeln wie Verfügungen eines Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten (§ 185 Abs. 1 B.G.B.s).

Es fragt sich, ob diese Ermächtigung im Verhältnis zur Untreue der „Vollmacht" gleichzustellen ist. Dies muss man wohl annehmen. Das Wesen der Untreue besteht in dem Missbrauch der dem Täter eingeräumten Befugnis, rechtlich wirksam für einen Andern zu handeln. Der Bevollmächtigte ist derartig legitimiert, dass der Vollmachtgeber sein Handeln für und gegen sich gelten lassen muss. Darin liegt gerade die grosse Gefahr für den Machtgeber, geschädigt zu werden, die einen besonderen Strafrechtsschutz erforderlich machte. Dasselbe Moment findet sich aber auch bei der indirekten Stellvertretung.

Nach § 185 Abs. 1 B.G.B.s ist eine Verfügung, die ein an sich Nichtberechtigter über einen Gegenstand — sei es eine Sache oder eine Forderung — trifft, wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Ist nun der Vertreter von dem Andern zu dem betreffenden Handeln im eigenen Namen ermächtigt, so liegt eine Einwilligung im Sinne des Gesetzes vor und der Machtgeber muss alle von dem Vertreter innerhalb der Ermächtigung vorgenommenen Verfügungen gegen sich gelten lassen. Es besteht also ein durchaus analoges Verhältnis zur Vollmacht i. e. S., und es würde sich, wenn auch der Sprachgebrauch des B.G.B.s entgegen steht, doch eine vom „Bevollmächtigten" verschiedene Behandlung des indirekten Vertreters nicht rechtfertigen lassen. Also auch der indirekte Stellvertreter ist „Bevollmächtigter" im Sinne des § 266 No. 2 St.G.B.s.[1])

II. Was die Untreuehandlungen anbetrifft, so ist bereits früher ausgesprochen, dass sie sich immer in den durch die Vollmacht gesteckten Grenzen bewegen müssen. Gehen sie darüber hinaus, so entfällt die Untreue. Es wird also im einzelnen Falle zu prüfen sein, ob die dem Täter erteilte Vollmacht die betreffende Handlung gestattete. Das

---

[1]) Derselben Ansicht E. 7. 377, Rspr. 5. 542 und die gemeine Meinung, freilich ohne nähere Begründung.

Zivilrecht liefert somit die Unterlage nicht nur für den Begriff der Vollmacht, sondern auch für die Frage nach der Abgrenzung der Untreuehandlungen.

Die Frage nach dem Umfange der Vollmacht macht keine Schwierigkeiten bei den Vollmachten mit gesetzlich notwendigem Inhalt, wie z. B. der Prokura, der Vertretungsbefugnis des offenen Handelsgesellschafters (§§ 49, 126 H.G.B.s). Auch bei gesetzlich vermutetem Umfange der Vollmacht, wie bei den Handelsvollmachten (§§ 54 ff. H.G.B.s), wird sie in Ermangelung einer Sonderbestimmung leicht zu entscheiden sein, ebenso wenn der Umfang in einer Vollmachtsurkunde schriftlich fixiert ist.

Schwieriger ist es, wenn solch ein Anhalt nicht geboten wird. Dann ist nach der Ansicht des Vollmachtgebers im konkreten Fall zu urteilen. Liegt z. B. ein Auftrag zugrunde, so wird regelmässig die Vollmacht ebenso weit gehen wie der Auftrag. Indessen wird sich aus den Umständen häufig eine über den Auftrag hinausgehende Vollmacht ergeben.

Die Vollmacht hat nach § 164 B.G.B.s rechtliche Wirksamkeit der innerhalb der Vollmacht vorgenommenen Verfügung unmittelbar für und gegen den Vertretenen zur Folge. Dieser Umstand ist stets das sicherste Kriterium für die Entscheidung, ob die konkrete Handlung in den Rahmen der Untreue fällt. Ist die benachteiligende Verfügung zivilrechtlich gültig, d. h. muss sie der Vollmachtgeber nach § 164 Abs. 1 B.G.B.s gegen sich gelten lassen, so ist sie auf Grund der Vollmacht vorgenommen, und der Täter ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 266 No. 1 St.G.B.s wegen Untreue zu strafen.[1]) Wirkt sie dagegen nicht auch für und gegen den Vollmachtgeber, so kann niemals Untreue vorliegen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass die zivilrechtliche Gültigkeit der benachteiligenden Handlung auf der erteilten Vollmacht beruhen muss. Veräussert der Bevollmächtigte unter Überschreitung seiner Vollmacht eine Sache aus dem Vermögen des Vollmachtgebers an einen gutgläubigen Dritten, so erwirbt dieser sie rechtswirksam auch dem Machtgeber gegenüber. Aber die Wirksamkeit beruht hier nicht auf

[1]) Danach beantwortet sich auch die Frage, ob ein Minderjähriger als Subjekt der Untreue in Betracht kommen kann. Nach § 165 B.G.B.s ist die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Vertreters auf die Wirksamkeit der Vertretung ohne Einfluss. Deshalb kann auch ein Minderjähriger sehr wohl wegen Untreue bestraft werden, wenn er nur strafmündig ist. Ebenso das R.G. E. 20. 262.

der Vollmacht, sondern auf den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer (§§ 932 ff. B.G.B.s). In diesem Falle ist natürlich lediglich eine Unterschlagung anzunehmen. Ein derartiger unabhängig von der Vollmacht sich vollziehender Erwerb kann übrigens nur bei Gutgläubigkeit des Dritten und bei beweglichen Sachen eintreten, in allen anderen Fällen versagt er, so immer bei Verfügungen über Forderungen.

Das ist überhaupt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Untreue und den Aneignungsdelikten: bei jener hat die benachteiligende Verfügung stets unmittelbare rechtliche Wirksamkeit, bei diesen kann sie nur mittelbar rechtsbeständig werden, nämlich durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten.

Also der Rechtsgrund für die rechtliche Wirksamkeit der fraglichen Handlungen ist das Entscheidende bei der Feststellung, ob Untreue gegeben ist.

Dieser Grundsatz muss auch massgebend sein für die Beurteilung der viel erörterten Frage, ob der Bevollmächtigte auch noch nach Beendigung der Vollmacht Untreue begehen könne. Grundsätzlich ist die Frage zu verneinen. Hat der Täter aufgehört, Bevollmächtigter zu sein, so ist auch keine Untreue mehr möglich. Hat er also nach Widerruf der Vollmacht noch Vermögensstücke des Vollmachtgebers in seinem Besitze behalten und veräussert diese nun zu Zwecken der Aneignung, so unterschlägt er lediglich, mag er auch die faktische Möglichkeit dazu auf Grund der Vollmacht erlangt haben; eine rechtliche Befugnis zu solchen Verfügungen und eine darauf sich gründende rechtliche Wirksamkeit dieser ist jedenfalls nicht vorhanden.

Man kann eine derartige Handlung auch nicht deshalb zur Untreue stempeln wollen, weil der Täter damit die ihm obliegende Pflicht zur Herausgabe des auf Grund der Vollmacht Erlangten verletzt; denn diese Pflicht, die aus dem zugrunde liegenden obligatorischen Verhältnisse, z. B. dem Auftrage (B.G.B. § 667) fliesst, hat mit der Vollmacht an sich gar nichts zu tun (vgl. oben S. 14 ff.).[1]

[1]) Diese Begründung gibt das Reichsgericht in Entsch. 14. 184 in theoretischer Ausführung, während praktisch der zur Entscheidung stehende Fall anscheinend anders liegt. Ebenso E. 32. 30, 36. 133, Rspr. 8. 423 und die überwiegende Meinung. Vgl. Olshausen § 266 No. 6, Ammon S. 73, Konrad S. 25, anscheinend auch Binding Lehrb. S. 402, Frank § 266 II, 2 und Cartier S. 17, die sich den Reichsgerichts-Entsch. anschliessen. A. M. Engelhardt S. 31, der aber zu weit geht.

Die pflichtwidrige Zurückbehaltung der Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht (vgl. § 175 B.G.B.s) kann nach geltendem Recht schon deswegen keine Untreue sein, weil keine „Verfügung über ein Vermögensstück des Auftraggebers“ vorliegt.

Nun gibt es aber im Gesetze eine Anzahl von Fällen, in denen trotz Erlöschens der Vollmacht doch in gewissen Beziehungen die Vertretungsmacht des bisher Bevollmächtigten, seine rechtliche Verfügungsbefugnis, bestehen bleibt, in denen mit anderen Worten seine Verfügungen über das Vermögen des Vollmachtgebers diesem gegenüber kraft der einmal erteilten Vollmacht rechtlich wirksam sind (vgl. §§ 169 bis 173 B.G.B.s). Nutzt der Täter diese Gelegenheit zum Nachteile des Geschäftsherrn aus, so missbraucht er eine ihm zustehende Verfügungsgewalt und begeht infolgedessen Untreue.

Es ist zu beachten, dass in den angeführten Fällen nach dem Gesetz die Vertretungsmacht nur bei Gutgläubigkeit des Dritten, dem gegenüber die Verfügungen vorgenommen sind, fortbesteht. Durch Verfügungen bösgläubigen Erwerbern gegenüber kann also der Bevollmächtigte nach Erlöschen der Vollmacht keine Untreue mehr begehen, da sie keine rechtliche Wirksamkeit haben. Wie oben ausgeführt, weisen auch Verfügungen des Unterschlagenden diese Eigenschaft auf, dass sie nur bei Gutgläubigkeit des Erwerbers rechtsbeständig sind. Doch entsprechen sie keinesfalls den gedachten Fällen fortbestehender Vertretungsmacht. Denn hier handelt der Täter immer als Vertreter fremden Vermögens und ist imstande, auch über Forderungen wirksam zu verfügen, während der Unterschlagende als Eigentümer auftritt[1]) und mangels Bestehens eines gutgläubigen Forderungserwerbs nur bewegliche Sachen rechtsgültig übertragen kann. Daraus wird klar, dass in dem einen Fall die rechtliche Wirksamkeit auf die Vertretungsmacht zurückgeht, im anderen Falle auf die §§ 932 ff. B.G.B.s, weshalb hier Untreue, dort Unterschlagung gegeben ist.

§ 6. Die Untreue in Verhältnissen öffentlichen Charakters.

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich nur auf die Untreue in Verhältnissen mit privatem Charakter. Es wurde zu zeigen versucht, wie sich aus der Einführung einer strafbaren Bevollmächtigten-

[1]) Würde er als Vertreter auftreten, so würde seine Verfügung nach § 177 B.G.B. überhaupt nicht rechtswirksam werden bis zur Genehmigung des Vertretenen.

untreue mit logischer Notwendigkeit die oben dargestellte Auffassung des Wesens dieses Tatbestandes ergab. Nicht der „Treubruch", sondern nur noch der „Missbrauch rechtlicher Macht" kann das die Eigenart und das Wesen unseres Delikts kennzeichnende Moment sein.

Diese Konsequenz muss aber auch auf die Untreuefälle in Verhältnissen mit öffentlichem Charakter, deren Strafbarkeit bereits früher feststand — und zwar, wie zugegeben werden mag, möglicherweise unter dem Gesichtspunkte des Vertrauensbruchs —, zurückwirken, soll die Einheit und Geschlossenheit des ganzen Deliktsbegriffs nicht verloren gehen. Auch hier besteht eine rechtliche Macht und Befugnis über fremdes Vermögen zu verfügen. Der Vormund übt seine gesetzliche Vertretungsmacht aus, geradeso wie der Bevollmächtigte seine rechtsgeschäftliche. Verschieden ist bei beiden nur der Ursprung und vielleicht der Umfang der Machtstellung, ihr Wesen und ihr Inhalt ist der gleiche, ebenso wie ihre Wirkungen.

Es ist deshalb sehr wohl möglich, die für die Bevollmächtigtenuntreue aufgestellten Grundsätze in derselben Weise auf die Untreue des Vormundes anzuwenden. Dem steht auch nicht entgegen, dass § 266 No. 1 St.G.B.s als Deliktshandlung an Stelle des „Verfügens" der Ziff. 2 das weitere „zum Nachteil handeln" bezeichnet. Diese Ausdrucksweise deutet ebenso viel oder ebenso wenig auf ein tatsächliches Handeln des Täters hin wie die der No. 2. In beiden Fällen erfordert erst die notwendige enge Beziehung zu der den Tätern eigenen rechtlichen Machtstellung die Beschränkung auf rechtliches Tun. Im Gegensatz zu dem „Verfügen" der Ziff. 2 erscheint das „Handeln" der Ziff. 1 sogar richtiger und vollständiger; denn die rechtliche Vertretungsmacht gibt nicht nur die Befugnis zu Verfügungen, sondern zum rechtlichen Handeln überhaupt inbezug auf das fremde Vermögen.[1])

Dann entfällt freilich wieder der grösste Teil der bisher von der herrschenden Lehre aus § 266 No. 1 St.G.B.s bestraften Einzelfälle. Begeht der Vormund eine Unterschlagung am Mündelgut, so kann sie regelmässig nur noch als Veruntreuung, nicht als Untreue gestraft werden; denn der Täter hat in den meisten Fällen nicht auf Grund der ihm durch die Vormundschaft gewährten rechtlichen Machtstellung und nicht in seiner Eigenschaft als Vormund gehandelt. Auch im Vormundschaftsverhältnis wird so die Untreue zu einer blossen Ergänzung der übrigen

---

[1]) Insofern kann sich die Fassung der No. 2 § 266 St.G.B.s unter Umständen als lückenhaft erweisen.

Vermögensdelikte herabgedrückt, aber in diesem Niederdrücken liegt zugleich, wie oben ausgeführt, ein grosser Gewinn, eine Weiterbildung des Deliktsbegriffs zur Selbständigkeit und Unabhängigkeit gegenüber den Tatbeständen anderer Vermögensdelikte, insofern als auch die Untreue des Vormundes nun ihre eigene Begehungsform hat und nicht der Unterschlagung oder dem Betruge ihr Geltungsgebiet streitig zu machen braucht.

Ähnliches wie bei der Vormundsuntreue ist auch bei den übrigen im Gesetz genannten Untreuefällen zu sagen.[1] Auch hier übt die durch die Entwickelung gebotene Auffassung der Bevollmächtigtenuntreue notwendigerweise ihre Rückwirkung aus, es vollzieht sich ein allgemeiner Wandel im Charakter der Untreue. Sie ist Vermögensschädigung nicht durch das Mittel des Vertrauensbruchs, sondern durch missbräuchliche Ausnutzung einer dem Täter zustehenden rechtlichen Machtstellung.[2]

§ 7. Das Schutzobjekt der Untreue und ihre Stellung im System.

I. Im engsten Zusammenhange mit dem Wesen der Untreue steht die Frage nach ihrem Schutzobjekt, die im Anschluss hieran noch behandelt werden soll.

Als Schutz- oder Angriffsobjekt bezeichnet man nach dem Vorgange von Oppenheim „dasjenige Objekt, welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird".[3] Es ist in Gegensatz zu stellen zum Handlungsobjekt, an dem das Verbrechen unmittelbar begangen wird. Die Frage nun, was bei der Untreue als Schutzobjekt anzusehen ist, wird verschieden beantwortet.

---

[1]) Eine Ausnahme bilden nur die meisten der in Ziff. 3 des § 266 St.G.B.s genannten Fälle. Den hier aufgeführten Personen mit Ausnahme des Versteigerers und des Mäklers fehlt im allgemeinen die rechtliche Verfügungsgewalt, die sonst als Voraussetzung der Untreue anzusehen ist. Diese Fälle, die übrigens nur von geringer praktischer Bedeutung sind — in den gesammelten Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe ist kaum ein hierher gehöriger Fall zu finden — sind also von den „echten" Untreuehandlungen der Ziff. 1 u. 2 wesentlich verschieden, und Binding (Lehrb. S. 398) will sie daher mit Recht von jenen völlig loslösen. Von ihnen glauben wir ohne Verstoss absehen zu können.

[2]) Ein näheres Eingehen auf Einzelheiten wie bei der Bevollmächtigtenuntreue würde zu weit führen, würde jedoch zu den entsprechenden Ergebnissen wie dort gelangen lassen.

[3]) Oppenheim S. 194.

Oppenheim (S. 190 f.) leitet aus der Bezeichnung der betreffenden verbrecherischen Handlungen als „Untreue" den Satz ab, dass „die obligatorischen Pflichten der Vormünder, Güterpfleger u. s. w. diejenigen Objekte sind, welche wegen Verletzung von seiten ihrer Inhaber geschützt werden sollen". Im Falle des § 266 No. 2 sei die von dem Bevollmächtigten zu beobachtende „Treuepflicht" das Schutzobjekt.

An Oppenheim schliesst sich Draheim (S. 65) vollständig an, indem er aus der Tatsache, dass die im § 266 St.G.B.s kriminalisierten Handlungen „notwendig eine Verletzung derjenigen obligatorischen Pflichten involvieren, die aus den im § 266 aufgezählten Rechtsverhältnissen resultieren", folgert, dass die Pflichten hier im Vordergrunde des Interesses stehen und Schutzobjekte der Untreue sind.

Dieser Ansicht können wir nicht zustimmen. Auch bei anderen Vermögensdelikten, wie z. B. der Veruntreuung, ist, worauf Doerr (S. 52) aufmerksam macht, notwendig in jeder Zuwiderhandlung zugleich eine Verletzung obligatorischer Pflichten gegeben, — z. B. der Depositar unterschlägt die anvertraute Sache und verletzt die ihm aus dem Hinterlegungsvertrage obliegenden Verpflichtungen —, und doch denkt niemand daran, hier diese Pflichten zu Schutzobjekten zu erheben. Draheim (S. 68) selbst stellt wieder den Gegensatz zwischen Untreue und Veruntreuung auf in der Art, dass bei jener die obligatorischen Verpflichtungen „primäre Schutzobjekte schlechthin" sind, während ihnen bei der Veruntreuung die „Stellung sekundärer Schutzobjekte zugewiesen" ist.

Nur dadurch kann man die Sonderbehandlung der Untreue rechtfertigen, dass man sich auf eine besondere Treuepflicht stützt, die in jedem Falle des § 266 verletzt werde und den Grund und das Wesen dieser Strafvorschrift überhaupt ausmache. Also in der alten von uns bekämpften „Treubruchstheorie" findet diese Anschauung ihre Grundlage. Mit dieser steht und fällt sie. Nachdem der Treubruchstheorie durch die Einführung einer strafbaren Bevollmächtigtenuntreue der Boden entzogen ist, können auch die verletzten obligatorischen Pflichten nicht mehr das Objekt sein, das in erster Linie durch die Untreue geschützt werden soll. Mag man ihnen immerhin wie bei der Veruntreuung die Stellung sekundärer Schutzobjekte zuerkennen, vor allen Dingen bezweckt die Strafdrohung des § 266 St.G.B.s einen Schutz des Vermögens selbst in seinen mannigfachen Beziehungen, des Vermögens,

das infolge Bestehens einer dem Täter eingeräumten rechtlichen Verfügungsmacht seinem Zugriffe völlig, wie nirgends sonst im wirtschaftlichen Leben, preisgegeben ist. Hier liegt der Grund für die Kriminalisierung der Untreue überhaupt, hier ist auch das Schutzobjekt dieses Delikts zu suchen.[1])

II. Also das Vermögen überhaupt ist Schutzobjekt der Untreue. Die wichtigste praktische Konsequenz dieses Satzes ergibt sich für die Stellung der Untreue im Strafrechtssystem.

Es ist zunächst klar, dass die Untreue ihren Platz unter den Vermögensdelikten finden muss, die Ansicht Ammons (S. 44 ff.), der § 266 St.G.B.s umschliesse auch Handlungen gegen persönliche Rechtsgüter gerichtet, der fast die gesamte Literatur entgegensteht, ist längst ausführlich widerlegt worden;[2]) sie kann daher unberücksichtigt bleiben. An welcher Stelle sie aber unter den Vermögensdelikten einzureihen ist, darüber herrscht lebhafter Streit.[3])

Das Gesetz verweist die Untreue mit Betrug in einen Abschnitt,[4]) und zwar, wie die Motive ergeben, unter dem Gesichtspunkte der Verletzung von Treu und Glauben. Konrad (S. 20 f.) schliesst sich dieser Systematik an; auch Cartier scheint sich ihr zuzuneigen, freilich nicht mit Rücksicht auf eine den beiden Delikten gemeinsame Vertrauenstäuschung, die er vielmehr verwirft, sondern in der Erwägung, dass beide Delikte gegen das Vermögen in allen seinen Beziehungen gerichtet sind und unter Konstruktion einer Ergänzungstendenz in ihrem Verhältnis zu einander.

Auf dem Boden der alten Treubruchstheorie stehen in der Systematik der Untreue v. Liszt, der die Untreue mit Vertragsbruch, Vereitelung der Zwangsvollstreckung und Bankerott unter die gemeinsame Überschrift „strafbare Handlungen gegen Forderungsrechte“ bringt, Hälschner und Meyer, die das Delikt zusammen mit den eben

---

[1]) Zu den gleichen Ergebnissen kommen auch Doerr S. 51 ff. und Cartier S. 114 ff., die noch hervorheben, dass die Rechtspflichten deshalb keine primäre Bedeutung besitzen können, weil sie immer erst der Rechtsgüter, der Rechte wegen aufgestellt werden; daher seien die den Pflichten entsprechenden Rechte, die Vermögensrechte, Schutzobjekt der Untreue.

[2]) Vgl. Cartier S. 30 ff., Draheim S. 40 ff., Konrad S. 18, Binding S. 396.

[3]) Vgl. darüber ausführlich Cartier S. 33 ff.

[4]) Ebenso Berner S. 591.

genannten als „Verletzung bestehender Schuldverhältnisse“ zusammenfassen.

Ammon (S. 5) schliesslich und Merkel [1]) erwägen, ob nicht die Ziff. 2 § 266 am besten an die Unterschlagung angegliedert würde, da sie lediglich eine Ergänzung des Unterschlagungstatbestandes bedeute.

Alle diese Ansichten sind anfechtbar. Was zunächst die letztgenannte anbetrifft, so ist es allerdings richtig, dass die Bevollmächtigtenuntreue dem Bedürfnis nach Ergänzung der Unterschlagung ihre Entstehung verdankt, aber sie hat sich dann als ein Tatbestand durchaus selbständigen Inhalts gestaltet, ebenso unabhängig von der Unterschlagung wie von anderen Vermögensdelikten. Es hiesse ausserdem die glücklich gewonnene Einheit des Untreuevergehens wieder vernichten, wenn man die Ziff. 2 aus dem § 266 ausscheiden würde. Die Angliederung an die Unterschlagung ist daher zu verwerfen.

Die Systematik von v. Liszt, Hälschner und Meyer ist deswegen verfehlt, weil sie, wie bereits erwähnt, auf der unrichtigen Theorie des Vertrauensbruches fusst und auf der Ansicht, dass obligatorische Pflichten das Schutzobjekt der Untreue bilden.

Aber auch die Zusammenstellung von Betrug und Untreue scheint uns nicht glücklich zu sein. Der Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist für die Untreue nicht allgemein zutreffend. Gemeinsam ist freilich beiden Delikten, dass sie das Vermögen überhaupt und in allen seinen Beziehungen ergreifen, dass dieses bei beiden primäres Schutzobjekt ist. Beide kennzeichnen und unterscheiden sich durch die besondere Art des Angriffs auf fremdes Vermögen, hier Irrtumserregung, dort Missbrauch rechtlicher Macht. Aber es besteht doch noch ein weiterer tiefgreifender Unterschied.

Bei der Untreue handelt der Täter selbst, er verfügt selbst rechtlich über das Vermögen des Machtgebers, beim Betruge veranlasst er den Geschädigten zu einer Vermögensdisposition. Dieser verfügt selbst der Betrüger macht sich nur seinen Willen dienstbar. Cartier (S. 35 f.) sieht darin, wie erwähnt, eine gegenseitige Ergänzungstendenz und „eine mehr als äusserliche Verwandtschaft“ der beiden Delikte. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass in einem Ergänzungsverhältnis schliesslich alle Vermögensdelikte und im engeren Rahmen die durch das Mittel des Angriffs gekennzeichneten Vermögensdelikte i. e. S. zu einander stehen. Will man unter diesen noch zwei näher zusammenfassen, so könnte es

---

[1]) In Holtz. H.B. S. 782.

höchstens Betrug und Erpressung sein, die beide abgesehen von der Beziehung auf das Vermögen überhaupt und der Kennzeichnung durch das besondere Mittel des Angriffs noch die Einwirkung auf den Willen des Geschädigten vor den anderen hierher gehörigen Delikten gemeinsam haben, keinesfalls aber Betrug und Untreue.

Man wird also die Untreue unter den gegen das Vermögen überhaupt gerichteten und durch das besondere Mittel des Angriffs gekennzeichneten Delikten einen besonderen Abschnitt neben Betrug und Erpressung, Ausbeutung, Hehlerei, Gefährdung u. a. anweisen müssen. Dadurch wird man ihrem Charakter am ehesten gerecht.[1])

---

[1]) Dies tut Binding Lehrb., und auch v. Liszt, S. 455 Anm. 1, stellt zur Erwägung, ob die Untreue nicht besser den oben näher bezeichneten Platz verdient.

Zweiter Abschnitt.

Die Ergänzungsbedürftigkeit der Untreue unter besonderer Berücksichtigung der fiduziarischen Verhältnisse.

§ 8. Strafwürdige Verfügungen über Vermögensstücke, die infolge eines Vertretungsverhältnisses in das Eigentum des Täters übergegangen sind.

Die bisherigen Erörterungen bewegten sich lediglich auf dem Boden des geltenden Rechts. Die bevorstehende Strafrechtsreform lässt es als berechtigt erscheinen, darüber hinaus zu gehen und auch de lege ferenda einige Bemerkungen zu machen.

Die Untreue des geltenden Rechts weist Lücken auf. Viele Handlungen, die zweifellos strafwürdig sind und ihrer Natur nach anscheinend nur als Untreue Berücksichtigung finden können, müssen gegenwärtig straflos ausgehen, weil sie sich nicht in den Tatbestand des § 266 St. G.B.s einfügen lassen. Es wird Aufgabe des neuen Strafgesetzes sein, hier bessernd einzugreifen.

Es ist bereits früher darauf hingewiesen, wie unter der Herrschaft des preussischen Strafgesetzbuchs, also zu einer Zeit, als eine strafbare Untreue in Verhältnissen privaten Charakters überhaupt nicht existierte, das preussische Obertribunal durch eine unzulässige Interpretation des Unterschlagungstatbestandes die im Gesetze sich zeigenden Lücken auszufüllen suchte. Bei der Beschränkung der Unterschlagung auf fremde bewegliche Sachen hätten alle Aneignungen von Forderungen und von Sachen, die zufällig in das Eigentum des Täters übergegangen waren, eigentlich straflos bleiben müssen. Das Obertribunal jedoch entschied in ständiger Rechtsprechung, auch Forderungen seien unter dem Begriff der „beweglichen Sache" mit eingeschlossen, und konstruierte ein neues, von dem Zivilrecht unabhängiges „strafrechtliches

Eigentum"[1]), das sich nach der wirtschaftlichen Zugehörigkeit zum Vermögen des Verletzten bestimme. Dieses wurde dem Begriffsmerkmal „fremd" im Unterschlagungstatbestande zugrunde gelegt.

Dass diese dem praktischen Bedürfnis sicherlich sehr entgegenkommende Auslegung eigentlich das Mass des Zulässigen überschritt, unterliegt heute keinem Zweifel, wurde aber auch schon bei der Redaktion des deutschen St.G.B.s empfunden.[2]) Um dem Übelstande abzuhelfen, wurde die Bevollmächtigtenuntreue aufgenommen. Damit war in der Tat, wie wir schon früher ausführlich erörtert haben, eine Ergänzung der Unterschlagung inbezug auf Forderungen geschaffen, die unzulässige Gleichstellung der Forderungsrechte mit beweglichen Sachen erübrigte sich nun. Dagegen wurde auch die Bevollmächtigtenuntreue auf fremdes Vermögen beschränkt, das Bedürfnis, das zur Aufstellung des strafrechtlichen Eigentums führte, blieb unerfüllt.

Trotzdem hat das Reichsgericht in der richtigen Erkenntnis, dass im Interesse der Einheit des Rechts und der Sicherheit der Rechtsprechung ein so wichtiger und grundlegender Begriff wie das Eigentum nicht geteilt oder modifiziert werden dürfe, die Praxis des Obertribunals verworfen und bei der Beurteilung des „fremden" Vermögens bei der Untreue sowohl wie bei der Unterschlagung lediglich die Grundsätze des massgebenden Zivilrechts entscheiden lassen.[3])[4]) Infolgedessen macht sich jene Lücke im Strafgesetz wieder bemerkbar.

Es handelt sich hier hauptsächlich um Fälle, in denen über Vermögensstücke verfügt wird, die rechtlich in das Eigentum des Verfügen-

---

[1]) Vgl. u. a. Goldt. Arch. 10. 1 ff., 16. 233, v. Stemann S. 14 ff. Dieselben Grundsätze wurden nach Einführung der Bevollmächtigtenuntreue auch auf die „Vermögensstücke des Auftraggebers" angewandt, indem man dem Inhalte des zwischen dem Täter und dem Verletzten bestehenden Vertrages massgebende Bedeutung zuerkannte.

[2]) Vgl. die Motive zu § 246.

[3]) Rspr. 5. 542, 5. 168, 10. 715, E. 20. 436. Von diesem Grundsatze macht das Reichsgericht eine Ausnahme. Die benachteiligende Verfügung des Bevollmächtigten ist auch dann als Untreue strafbar, wenn sie nur Vermögensstücke betrifft, „welche nach den Bestimmungen des massgebenden Zivilrechts der ausschliesslichen Herrschaft des Machtgebers unterworfen sind," die „seiner Obhut mit der Befugnis zur alleinigen rechtlichen Verfügung anvertraut sind" z. B. Verfügungen über das Mündelvermögen, über die Konkurs- und Nachlassmasse, wenn der Vormund, Konkursverwalter oder Testamentsvollstrecker die Vollmachtgeber sind (E. 26. 106, 39. 414).

[4]) Die rechtswissenschaftliche Literatur steht fast übereinstimmend schon lange auf diesem Standpunkte. Vgl. Olshausen § 266 No. 8 b.

den übergegangen sind, wirtschaftlich jedoch mit dem Vermögen des Machtgebers in engster Beziehung stehen. Der Bevollmächtigte erwirbt z. B. ein Vermögensstück mit den Mitteln des Vollmachtgebers und für diesen, lässt aber den Willen für einen Andern zu handeln, nicht hervortreten; dann treten die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nur in seiner Person ein (§ 164 Abs. 2 B.G.B.s), er erwirbt auch das Eigentum an dem Vermögensstück, dessen nachherige Aneignung nun keine Unterschlagung und auch keine Untreue mehr ist. Und doch ist diese Handlung zweifellos strafwürdig, und es erscheint höchst unbillig, dass sie straflos ausgehen soll. Dieses Resultat ergibt sich namentlich stets bei der indirekten Stellvertretung. Hier tritt der Vertreter im eigenen Namen auf — das typische Beispiel ist der Kommissionär — und erwirbt nach dem geltenden Recht das Eigentum an den für fremde Rechnung gekauften Vermögensstücken, die nun seinem Zugriffe völlig preisgegeben sind. Man könnte ihn vielleicht strafrechtlich wegen Unterschlagung oder Untreue belangen, wenn er beim Erwerb gleichzeitig über Sachen des Geschäftsherrn, etwa über das empfangene Geld, verfügt, und es gelingt, ihm die schon damals bestehende Aneignungs- bezw. Benachteiligungsabsicht nachzuweisen. Allein das wird nur in Ausnahmefällen zutreffen, meistens wird er freigesprochen werden müssen.[1])

Diese Gesetzeslücke ist in der neueren Untreueliteratur häufig behandelt worden. Kronecker[2]) will, gegen das Reichsgericht polemisierend, das strafrechtliche Eigentum für die Untreue wieder aufleben lassen. Er folgert aus dem Unterschiede des § 266 No. 2 St.G.B.s vom Art. 287 Abs. 2 des sächsischen St.G.B.s — insbesondere aus der Fortlassung der Worte „welche der Bevollmächtigte nicht im Besitz hat“ (vgl. oben S. 5) —, dass der Gesetzgeber den Begriff des Vermögens-

---

[1]) Es ist interessant und für die Unbestimmtheit des Untreuebegriffs selbst in neuerer Zeit bezeichnend, dass v. Stemann S. 32 ff. die Untreue auf derartige Fälle beschränken will, indem er bezüglich „fremder“ Sachen die Unterschlagung für einen ausreichenden Schutz hält und Forderungen garnicht berücksichtigt. Er schlägt (S. 33) folgende Fassung des Untreuetatbestandes vor: „Wer als Geschäftsführer bewegliche in sein Eigentum übergegangene Sachen, deren Besitz er mit der Verpflichtung erlangt hat, dieselben an andere abzuliefern, in der Absicht sich oder anderen Gewinn zu verschaffen, widerrechtlich gebraucht und sich dadurch der Erfüllung seiner Verbindlichkeit entzieht, macht sich der Untreue schuldig“ u. s. w. — Vgl. noch Draheim S. 37 und Cartier S. 29 über andere ähnlich liegende Fälle.

[2]) In Goltd. Arch. 34 S. 402 ff.

stückes nicht zivilistisch, sondern wirtschaftlich gefasst wissen wolle, dass daher eine Untreue auch sehr wohl an Vermögensstücken möglich sei, die „lediglich auf Grund formell zivilistischer Momente Eigentum des Handelnden geworden sind, während sie wirtschaftlich zum Vermögen des Auftraggebers gehören". Im Gegensatz zu Kronecker steht die herrschende Literatur auf dem Boden des Reichsgericht und verwirft das wirtschaftliche Eigentum.[1])

Dagegen sind mehrfach Versuche gemacht, eine Ergänzung der gedachten Gesetzeslücke auf legislativem Wege zu veranlassen,[2]) und zwar in Form einer Erweiterung des Untreuebestandes. Dr. H. A. (a. a. O. S. 369) schlägt folgende Fassung vor: „Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke ihres Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen oder auf andere Weise absichtlich zum Nachteile desselben handeln." Draheim (S. 72) will diese „folgerichtiger" dahin umgestalten: „Bevollmächtigte, die durch Missbrauch der ihnen vom Auftraggeber eingeräumten Verfügungsgewalt diesen absichtlich benachteiligen."

Dass die gekennzeichneten Fälle für das natürliche Empfinden strafwürdig sind, ist zweifellos. Es fragt sich nur, auf welche Weise ihre Bestrafung de lege ferenda am besten herbeizuführen ist.

Ehe wir dieser Frage nähertreten, wollen wir in den nächsten §§ erst eine Klasse von Rechtsverhältnissen eingehender untersuchen, die in ganz ähnlicher Weise eine kriminelle Schutzlosigkeit nach geltendem Rechte zeigen wie die eben dargelegten Fälle, die fiduziarischen Verhältnisse.

§ 9. Begriff und Anwendungsfälle des fiduziarischen Geschäfts.

Zunächst bedarf der Begriff des fiduziarischen Geschäfts einer Feststellung, der in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift — das B.G.B. erwähnt das fiduziarische Geschäft nicht — nach wie vor der Wissenschaft überlassen bleibt.

Ein fiduziarisches Geschäft liegt vor, wenn die Parteien einen von ihnen gewollten wirtschaftlichen Erfolg durch ein Rechtsgeschäft zu

---

[1]) Ammon S. 77 ff., Draheim S. 38, Cartier S. 28 f., Binding S. 402 u. a.

[2]) Zuerst von Dr. H. A. in Goltd. Arch. 36, S. 346 ff., dann von Konrad und Draheim.

erreichen suchen, dessen Wirkungen nach aussen — mit ihrem Einverständnis — über jenen erstrebten Erfolg hinaus reichen. Es findet eine Vermögensschiebung zwischen den Parteien statt, die über den beabsichtigten Zweck hinausgeht und deshalb vom Fiduziar (d. i. der Teil, zu dessen Gunsten sie eintritt) nur im Interesse dieses Zweckes ausgenutzt werden soll, eine „Übertragung von Sachen oder Rechten, welche wirtschaftlich nicht die Vermehrung des Vermögens des Empfängers bezweckt, sich vielmehr andere Ziele steckt.“[1])

Die Parteien wollen beispielsweise zur Sicherung für eine dem einen Teil gegen den andern zustehende Forderung für den Gläubiger ein Pfandrecht an einer dem Schuldner gehörigen beweglichen Sache bestellen. Da der Schuldner jedoch den Gebrauch der Sache nicht entbehren möchte, ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nach geltendem Recht aber nur durch Übergabe bestellt werden kann, so überträgt der Schuldner als Fiduziant dem Gläubiger das Eigentum an der Sache durch constitutum possessorium, während sich dieser als Fiduziar zur Rückübertragung nach Erfüllung der Forderung verpflichtet. Hier geht die rechtliche Wirkung des Geschäfts, der Eigentumsübergang, über den von den Parteien erstrebten Zweck, die dingliche Sicherung der Forderung, hinaus.

Das fiduziarische Geschäft kommt heute in den folgenden Hauptformen vor: zunächst als Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen,[2]) sodann als Zession einer Forderung, die wieder Inkassozession oder Sekuritätszession sein kann, schliesslich im Wechselrechte als sog. stilles Prokura-Indossament und als Depotwechsel.

Als Gründe für seinen Abschluss kommen im allgemeinen entweder der Mangel eines durch die Rechtsordnung gewährten Weges, auf welchem der erstrebte wirtschaftliche Erfolg direkt erreicht wird, oder Bequemlichkeitsrücksichten in Betracht, wenn das Recht zwar eine passende Form kennt, die Parteien aber aus mancherlei Rücksichten davon abweichen. Das erste ist der Fall bei der Eigentumsübertragung beweglicher Sachen zu Pfandrechtszwecken, das zweite beispielsweise beim stillen Prokura-Indossament. Das Wechselrecht hat in dem offenen Prokura-Indossament eine Form geschaffen, die dem Inkassozweck, den die Parteien im Auge haben, vollständig genügt. Trotzdem ziehen

---

[1]) Dernburg S. 566.

[2]) Vgl. das obige Beispiel.

sie es vor, dem Inkassomandatar die den eigentlichen Zweck überschiessende Machtstellung eines Vollindossatars zu geben.

Charakteristisch für das fiduziarische Geschäft ist immer, wie Goltz (S. 15) hervorhebt, ein besonderer Zweck, über den die dem Fiduziar gewährte Rechtsmacht hinausgeht. Solche für das fiduziarische Geschäft charakteristischen Zwecke sind hauptsächlich Bevollmächtigung — so beim stillen Prokura-Indossament, bei der Inkassozession — und Sicherung — so bei der Sekuritätszession und der das Pfandrecht ersetzenden Eigentumsübertragung. Bevollmächtigungs- und Sicherungszweck treten auf in der Form des Eigenrechts.

Fiduziarische Geschäfte sind nicht nur solche, bei denen die gewährte Machtstellung nur dem Interesse des Fiduzianten oder dritter Personen dienen soll, sondern auch solche, die zugleich im Interesse des Fiduziars abgeschlossen sind.[1]) Erforderlich ist jedoch, dass eine wirkliche Vermögensschiebung zwischen den Parteien stattgefunden hat, es müssen Vermögensrechte auf den Fiduziar übertragen sein. Eine bloss gewährte Vertretungsmacht, die ja häufig auch fiduziarische Anklänge aufweist, genügt nicht, sie muss sich in das Gewand des Eigenrechtes kleiden. Es ist daher Schultze nicht zuzustimmen, wenn er auch den Testamentsvollstrecker und verschiedene Pfleger hierher rechnet;[2]) denn diese Personen treten nicht als Eigenberechtigte, über eigene Vermögensstücke und Rechte verfügend, auf.

Das fiduziarische Geschäft hat mit dem simulierten nichts gemein. Beim simulierten sind die Willenserklärungen nur zum Schein abgegeben, die Parteien gehen darauf aus, nach aussen hin zu täuschen, in Wirklichkeit ist das Rechtsgeschäft garnicht gewollt. Ganz anders beim fiduziarischen Geschäft. Es ist ernstlich, und seine Wirkungen sind gewollt, es soll dabei niemand getäuscht werden. Daher ist es auch keineswegs nichtig, wie das simulierte Geschäft (B.G.B. § 117), sondern die Wirkungen, die die Rechtsordnung an das vorgenommene Rechtsgeschäft knüpft, treten ein.

Dagegen ist das fiduziarische Geschäft von dem in fraudem legis vorgenommenen im Wesen nicht verschieden. Beide sind ernsthaft gewollt. Nur in den Wirkungen besteht die Verschiedenheit; denn das

---

[1]) Schultze S. 1 scheidet diese letzteren Fälle, z. B. die Sicherungsübereignungen, als „Gemischte Treuhänderschaft" aus der Gruppe der von ihm behandelten reinen „Treuhänder" aus.

[2]) Vgl. Schultze S. 45, 61, 65 ff.

zur Gesetzesumgehung vorgenommene Geschäft ist nichtig. Der Unterschied ist lediglich von einem ausserhalb des Geschäfts liegenden Moment abhängig gemacht, nämlich von der Tendenz des Gesetzes: will dieses den durch das Rechtsgeschäft erstrebten Erfolg als unzulässig verbieten, so liegt Simulation vor.

§ 10. Das fiduziarische Eigentum und sein Verhältnis zum Strafrecht.

I. Das fiduziarische Geschäft äussert also im Gegensatz zum simulierten und zum Gesetzesumgehungsgeschäft rechtliche Wirkungen. Es fragt sich aber, inwieweit diese Wirkungen durch den zugrunde liegenden fiduziarischen Zweck etwa beeinflusst werden.

Der Schuldner überträgt seinem Gläubiger das Eigentum an seiner Sache, vereinbart aber zugleich mit ihm, dies sei nur zur Sicherung des zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisses geschehen, einen darüber hinausgehenden Gebrauch dürfe der Gläubiger nicht ausüben. Oder der Inhaber einer Forderung zediert einem Anderen seine Forderung mit der Weisung, sie vom Schuldner einzuziehen, weitergehende Verfügungen aber nicht vorzunehmen.

Dass für den Fiduziar eine obligatorische Verpflichtung dem Fiduzianten gegenüber besteht, sein Eigenrecht nur im Interesse des fiduziarischen Zweckes zu benutzen, ist sicher. Wird aber vielleicht auch die dingliche Rechtstellung des Fiduziars beeinflusst, ist er zu Gunsten des gewollten fiduziarischen Zweckes dinglich gebunden? Es handelt sich kurz um die sehr umstrittene Natur des sog. fiduziarischen Eigentums. Es ist darunter nicht nur das Eigentum i. e. S. an Sachen verstanden, sondern auch das Eigentum — genauer das Gläubigerrecht — an Forderungen oder anderen Vermögensrechten. Der Gläubiger einer fiduziarisch abgetretenen Forderung muss dem fiduziarischen Sacheigentümer vollständig gleichstehen.

Eine Meinung in der Literatur geht dahin, dass dem Fiduziar nur ein „formelles“ Eigentum zustehe, während das „materielle“ bei dem Fiduzianten verblieben ist. Das formelle Eigentum verschafft dem Fiduziar Dritten gegenüber allerdings die Stellung eines Eigentümers, es wirkt aber nur nach aussen, während seine Wirkungen nach innen, d. h. dem Fiduzianten gegenüber, auf den fiduziarischen Zweck beschränkt bleiben. Im Innenverhältnisse ist stets der Fiduziant Eigentümer,

der Fiduziar dagegen nur Bevollmächtigter oder Pfandgläubiger. Diese Meinung findet sich besonders im Wechselrechte vertreten.[1])

Eine solche Spaltung des Eigentums ist nach unserem heutigen Rechte ein Unding. Es gibt kein Eigentum, dass nach innen und nach aussen verschiedene Wirkungen ausübt. Es ist nur ein einheitliches Eigentum möglich. Es machen darum die meisten Schriftsteller und das Reichsgericht vor dieser Ansicht Front.[2])

Die überwiegende Ansicht vertritt den u. E. allein richtigen Standpunkt, dass dem Fiduziar das volle unbeschränkte Eigentum mit allen seinen Konsequenzen gebührt, wogegen dem Fiduzianten lediglich eine nur obligatorische Berechtigung zukommt.

In den Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivils. 62. 386 heisst es: „Fiduziarisch ist das Eigentum überall da, wo der Eigentümer obligatorisch verpflichtet ist, es nur in bestimmter Richtung zu gebrauchen, es, nachdem der Zweck der fiduziarischen Übertragung erreicht ist, wieder zurück- oder an einen Dritten herauszugeben.“ Also nur obligatorisch ist der Fiduziar dem Fiduzianten den getroffenen Abreden und dem fiduziarischen Zwecke gemäss verpflichtet, im übrigen ist er vollberechtigter Eigentümer auch dem Fiduzianten gegenüber.[3])

Nach einer von Schultze (S. 20 ff.) aufgestellten Ansicht ist das fiduziarische Eigentum stets ein resolutiv bedingtes, das mit jedem dem Treuhandzwecke widerstrebenden Gebrauch an den Fiduzianten zurückfällt. Dem gegenüber ist jedoch zu betonen, dass es den Parteien zwar freisteht, die auflösende Bedingung in dieser Weise für ihre Zwecke dienstbar zu machen, dass eine Verallgemeinerung auf die fiduziarischen Verhältnisse überhaupt aber unzutreffend ist. Regelmässig wird eine Bedingtheit im fiduziarischen Eigentum nicht zu finden sein.[4])

---

[1]) Vgl. z. B. Staub Art. 17 Anm. 9, Bernstein Art. 17 § 3 No. 1.

[2]) Vgl. E. in Zivils. 45.80, Goltz S. 25 ff., Biermann S. 236, Schultze S. 28.

[3]) Vgl. Biermann S. 236, Dernburg 567, Matthias S. 226 f., Staudinger S. 335 f., insb. Goltz S. 24 ff., auch Entsch. in Zivils. 55. 389.

[4]) Interessant Schroeder im Archiv für die zivilist. Praxis Bd. 97, S. 361 ff., 383 f., der auf Grund der fortgebildeten exceptio doli verlangt, „dass, sobald der Einredeberechtigte es verlangt, die Scheinstellung des Formalberechtigten in sich zusammenfällt, mit der Wirkung, dass die materielle Rechtslage, bisher im Verborgenen ruhend, wieder ans Tageslicht tritt“. Diese an die Theorie vom geteilten Eigentum anklingende Folgerung scheint uns dem geltenden Recht gegenüber doch jeder Grundlage zu entbehren.

II. Eine Feststellung der Natur des fiduziarischen Eigentums ist wichtig besonders im Hinblick auf etwaige strafrechtliche Wirkungen. Es folgt aus der Eigenart des fiduziarischen Geschäfts, dass der Fiduziant schädigenden Verfügungen durch den Fiduziar in hohem Masse ausgesetzt ist. Es fragt sich, inwieweit ihm hier ein Strafrechtsschutz zur Seite steht. Die Schwierigkeit liegt darin, dass die beiden in Betracht kommenden Delikte, Unterschlagung und Untreue, auf „fremdes" Vermögen beschränkt sind.

Die Anhänger der Theorie vom gespaltenen Eigentum — formellen und materiellen — leiten aus dem materiellen Eigentum des Fiduzianten die Möglichkeit einer Unterschlagung sowohl wie einer Untreue her; denn im Innenverhältnisse gehört eben das auf den Fiduziar übertragene Vermögensstück zum Vermögen des Fiduzianten.

Auch Schultze (S. 23) kommt infolge seiner Auffassung des fiduziarischen Eigentums als eines resolutiv bedingten zu dem Ergebnis, dass Unterschlagung und Untreue am fiduziarisch übertragenen Gut möglich ist. Denn in demselben Augenblick, in dem die betreffende Verfügung entgegen dem fiduziarischen Zwecke vorgenommen wird, fällt das Vermögensstück kraft der dinglich wirkenden Resolutivbedingung an den Fiduzianten zurück und ist nun für den Fiduziar ein „fremdes".[1])

Es soll nicht geleugnet werden, dass diese Konsequenzen der materiellen Gerechtigkeit entsprechen, sie können jedoch keine Geltung beanspruchen, nachdem ihre Voraussetzungen als unrichtig erkannt sind. Geht man davon aus, dass dem nur obligatorisch gebundenen Fiduziar das volle unbeschränkte Eigentum auch dem Fiduzianten gegenüber zusteht — die Annahme, die dem geltenden Rechte nach und im Interesse der Klarheit und Sicherheit der fraglichen Verhältnisse u. E. allein berechtigt ist —, so bedeutet das fiduziarisch übertragene Vermögensstück dem Fiduziar gegenüber kein fremdes mehr, und da es eine Unterschlagung oder Untreue an der eigenen Sache oder am eigenen Rechte nicht gibt, so macht sich der benachteiligende Verfügungen vornehmende Fiduziar insoweit nicht strafbar. Der Fiduziant bleibt auf zivilrechtlichen Ausgleich beschränkt, er kann aus dem obligatorischen

---

[1]) Zu demselben Resultat gelangt Schroeder a. a. O. S. 383 f. entsprechend der von ihm der exceptio doli beigelegten Kraft.

Vertrage gegen den Fiduziar vorgehen und Schadensersatzansprüche geltend machen; ein Strafrechtsschutz bleibt ihm jedoch versagt.[1])

Diese Konsequenzen, die sich aus der richtigen Auffassung fiduziarischer Verhältnisse ergeben, erscheinen oft hart und gegen die Billigkeit verstossend. Das Gefühl verlangt eine Bestrafung des Täters gerade so gut wie bei Unterschlagungen und ungetreuen Verfügungen von Bevollmächtigten. So notwendig das Festhalten am Erfordernis des nach zivilrechtlichen Grundsätzen fremden Vermögens für die genannten Delikte aus rein juristischen Gründen ist, so befremdend für die natürliche Auffassung ist die Tatsache, dass der Vertrauensmissbrauch des Fiduziars ungesühnt bleiben soll. So besteht an der Strafwürdigkeit benachteiligender Handlungen in fiduziarischen Verhältnissen kein Zweifel.

Dieser Tatsache und der sich daraus ergebenden Forderung scheint das Reichsgericht Rechnung tragen zu wollen — oder tut es vielleicht unbewusst —, indem es häufig in hierher gehörigen Fällen auf Grund besonderer juristischer Konstruktionen eine Bestrafung eintreten lässt. Den in der Entscheidung des III. Strafsenats in Blums Annalen 2. 220 f. (zit. nach Schultze S. 50 Anm. 7) eingeschlagenen Weg, wonach an einem durch stilles Prokura-Indossament übertragenen Wechsel eine Unterschlagung durch den Indossatar ohne weiteres möglich ist, hat es allerdings scheinbar wieder verlassen. Dagegen ist noch in einer Entscheidung vom 17. Sept. 1907 (mitgeteilt im Recht 1907 S. 1216) in einem zweifellos fiduziarischen Verhältnis die Möglichkeit einer Untreue nach § 266 No. 2 St.G.B.s anerkannt.[2])

[1]) So Goltz S. 29, Hallbauer im Recht 1905, S. 632 ff., 661 ff., insbesondere S. 664, neuerdings auch Dernburg S. 567 Anm. 13, nachdem er früher in den Pandekten (I S. 236 zit. nach Goltz S. 29) die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Werthauer in Grünhuts Zeitschr. 13. Bd. (1886), S. 586 ff. verwirft S. 660 die Möglichkeit einer Unterschlagung, hält jedoch eine Untreue für sehr wohl denkbar.

[2]) Der Sachverhalt ist folgender: Ein Gesellschafter hat seine Rechte aus einem Bauauftrage in die offene Handelsgesellschaft eingebracht, es ist jedoch vereinbart worden, dass die Erledigung des Bauauftrags „nominell" weiter auf den Namen des einbringenden Gesellschafters gehen soll. Nunmehr verwendet der Gesellschafter von der Baubehörde empfangene Zahlungen zu seinem Nutzen. Das Reichsgericht erblickt in der Vereinbarung eine Bevollmächtigung des Gesellschafters über die Rechte aus dem Bauauftrage zu verfügen und bestraft ihn wegen Untreue. U. E. ist das Vorliegen einer Bevollmächtigung unwesentlich, § 266 No. 2 kann deshalb keine Anwendung finden, weil die Rechte aus dem Bauauftrage fiduziarisch dem

Für gewöhnlich hilft sich das Reichsgericht mit folgender Konstruktion. Die fiduziarische Übertragung von Rechten auf den Täter ist nur zum Schein erfolgt und daher nichtig; die in der Übertragung gleichzeitig liegende Bevollmächtigung ist dagegen als das dissimulierte Geschäft allein wirksam (§ 117 B.G.B). „Der Wille, dass der Zessionar als solcher nach aussen aufzutreten berechtigt sein soll, ist wohl vereinbar mit dem Willen, dass unter den Kontrahenten die Zession nur zum Schein, tatsächlich dagegen das die Eigenschaft des Zedenten als Gläubigers nicht aufhebende Vollmachtsverhältnis bestehen soll.“[1])

Das letztere ist wohl nicht ganz genau. Wenn die Zession als simuliert nichtig ist, so kann der Täter auch nicht als Zessionar auftreten; es ist der Schuldner zum Simulationseinwand dem eintreibenden Scheincessionar gegenüber berechtigt. Er darf vielmehr nur als Bevollmächtigter — oder richtiger als indirekter Stellvertreter; denn er handelt ja im eigenen Namen — dem Schuldner gegenüber auftreten, und das unter dem Scheingeschäft der Zession verdeckte Geschäft (§ 117 Abs. 2 B.G.B.) stellt sich nun dar als Einwilligung des Zedenten und Eigentümers in die Verfügungen des Zessionars und (indirekten) Stellvertreters über die Forderung (vgl. oben S. 31 f.). Dann ist allerdings eine Untreue des Vertreters möglich und auf diese Weise eine Bestrafung herbeizuführen. Ob jedoch diese rechtlich allein mögliche Konstruktion dem wahren Willen der Parteien entspricht, ob diese nicht vielmehr in den meisten Fällen die Zession durchaus ernsthaft und mit ihren Folgen gewollt, mit a. W. ein fiduziarisches Geschäft abgeschlossen haben, ist zum mindesten sehr zweifelhaft.[2])

Dagegen ist dem Reichsgerichte darin völlig beizustimmen, wenn es in der Übergabe eines Blankowechsels — sei es mit Blankoakzept, oder mit Blankoindossament — mit dem Auftrage zur Versilberung lediglich eine Bevollmächtigung erblickt, kein fiduziarisches Geschäft.[3])

Gesellschafter belassen sind, er also Berechtigter der Baubehörde gegenüber ist, Eigentümer der Zahlungen wird und nun über keine fremden Vermögensstücke mehr verfügt.

[1]) R.G.-Entsch. vom 3. Februar 1903 in Goltd. Arch. 50. 134; ebenso Entsch. vom 31. Januar 1890 bei Stenglein-Galli II, S. 1439 und Rspr. 9. 247.

[2]) Es mag noch erwähnt werden, dass im Falle einer Sicherheitsabtretung als eines fiduziarischen Geschäfts der Fiduziant, der die abgetretene Forderung für den Fiduziar einzog und sich zueignete, mit Recht wegen Unterschlagung des Betrags bestraft wurde. R.G.-Entsch. vom 23. Dezember 1905 in Jur. Wochenschr. 35. 245.

[3]) Vgl. E. 14. 184, Rspr. 8. 143, Entsch. vom 23. Dezember 1902 in Jur. Wochenschr., S. 213.

Der Unterschied des fiduziarischen Geschäfts von der Bevollmächtigung i. w. S. liegt, wie früher erwähnt, darin, dass bei jenem Eigenrechte übertragen werden, während der Bevollmächtigte fremde Rechte, wenn auch möglicherweise im eigenen Namen, ausübt. Mit der Übergabe des Blankowechsels erhält der beauftragte Empfänger aber keine Eigenrechte am Wechsel, gerade so wenig wie der Beauftragte an dem Inhaberpapier, dass er in Geld umsetzen, wie der Kommissionär an der Ware, die er verkaufen soll.[1]) Er hält ihn vielmehr als fremdes Gut in Händen. Der Blankowechsel stellt für ihn eine Vollmachtsurkunde dar, eine Ermächtigung oder „Einwilligung" des Machtgebers zur Stellvertretung im eigenen Namen, die ihn zum tauglichen Subjekt des § 266 Ziff. 2 St.G.B.s stempelt. Im Gegensatze dazu liegt im stillen Prokura-Indossament eine regelrechte fiduziarische Übereignung des Wechsels, die eine Unterschlagung wie eine Untreue unmöglich macht.

§ 11. Die Wesensverwandtschaft mit der Untreue. Vorschläge de lege ferenda.

I. Es hat sich also auch inbezug auf fiduziarische Verhältnisse eine empfindliche Lücke im geltenden Strafrecht ergeben. Handlungen, deren Strafwürdigkeit zweifellos ist, müssen straflos ausgehen, weil sie nicht an zivilrechtlich fremdem Vermögen vorgenommen werden. Es taucht wieder die Frage auf, wie dieses Ergänzungsbedürfnis am besten zu befriedigen ist. Soll ein ganz neuer unabhängiger Tatbestand aufgestellt oder soll durch Aufnahme oder Anlehnung an bestehende Delikte Wandel geschaffen werden?

Zu der Unterschlagung stehen die strafwürdigen Handlungen in fiduziarischen Verhältnissen juristisch in schroffem Gegensatz. Denn sie verstossen gerade gegen das wesentlichste Charakteristikum dieses Delikts. Die Unterschlagung ist ebenso wie der Diebstahl in erster Linie Eigentumsvergehen, und darum muss auf die „Fremdheit" des Handlungsobjekts der grösste Wert gelegt werden. Ebenso steht die Beschränkung der Unterschlagung auf bewegliche Sachen im Gegensatze zu den fiduziarischen Handlungen, die sich gleicherweise auch auf Forderungen erstrecken. Diese Tatsache weist vielmehr auf eine Analogie

---

[1]) Vgl. R.G.-Entsch. vom 18. Januar 1907 im Recht 11. 195 und Entsch. vom 16. Oktober 1891 in Goltd. Arch. 39. 311.

mit der Untreue hin, die auch das gesamte Vermögen ergreift, und in der Tat lässt sich eine solche begründen.

Die Untreue ist ihrem Charakter nach in erster Linie Missbrauch eingeräumter Verfügungsgewalt, die Ausnutzung einer Machtstellung, die dem Täter vom Verletzten gewährt war. Hierin liegt aber auch das Wesen der zu bestrafenden Handlungen des Fiduziars. Auch ihm ist eine Machtstellung gewährt, die ihm Gelegenheit zur Benachteiligung des Fiduzianten bietet.

Jede Vollmacht trägt schliesslich ein fiduziarisches Moment in sich, gerade dieses Moment hat den Grund für die Kriminalisierung der Bevollmächtigtenuntreue gegeben. Man denke namentlich an die Vollmachten des Handelsrechts mit dem gesetzlich notwendigen Umfang, der fiduziarische Charakter tritt hier ganz offensichtlich zu Tage.[1]) Noch grössere Verwandtschaft mit den fiduziarischen Verhältnissen weist die Stellung des Bevollmächtigten, der im eigenen Namen handelt, des indirekten Stellvertreters, auf. Er lässt das Vertretungsverhältnis, das Handeln für einen Andern, nach aussen gar nicht hervortreten, er handelt nach aussen geradeso wie der Fiduziar. Von hier bis zu solchen fiduziarischen Verhältnissen, die eine Bevollmächtigung bezwecken, ist nur ein kleiner Schritt. Die Bevollmächtigung, die an sich die geeignete Grundlage für eine Untreue abgeben würde, kleidet sich dort nur in das Gewand des Eigenrechts — während der indirekte Stellvertreter nur fremde Rechte ausübt — und fällt dadurch aus dem Rahmen des § 266 Ziff. 2 St.G.B.s heraus.

Die innere Wesensverwandtschaft mit der Untreue ist aber auch bei d e n fiduziarischen Verhältnissen vorhanden, die andere Zwecke als Bevollmächtigung zum Gegenstande haben, z. B. die Sicherung einer Forderung; auch hier ist die strafwürdige Handlung des Fiduziars nichts anderes wie missbräuchliche Ausnutzung der vom Fiduzianten gewährten Machtstellung.

Die indirekte Stellvertretung gewährt im Gegensatz zu den fiduziarischen Geschäften keine Eigenrechte, jedoch — hierin über die Vollmacht i. e. S. hinausgehend — die Möglichkeit zum E r w e r b e von Eigenrechten. Macht der indirekte Stellvertreter von dieser Möglichkeit Gebrauch, so entstehen die im Anfang dieses Abschnittes (in § 8) besprochenen Verhältnisse, in denen der Täter Verfügungen zum Nachteile

---

[1]) Das veranlasst z. B. D r e y e r in Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 243, sie in einer Reihe mit den fiduziarischen Verhältnissen zu erwähnen.

des Machtgebers vornehmen kann, ohne Strafe befürchten zu müssen, ähnlich wie in fiduziarischen Verhältnissen.

Die auf diese Weise erworbenen und missbrauchten Eigenrechte, z. B. das Eigentum des Kommissionärs am Kommissionsgut, sind mit dem fiduziarischen Eigentum nicht zu identifizieren.[1]) Sie sind nicht durch ein fiduziarisches Geschäft begründet, sondern als Ausfluss, als mittelbare Folge eines blossen Vertretungsverhältnisses. Dem Kommissionär sind vom Machtgeber keine Eigenrechte übertragen, sondern nur die rechtliche Befugnis solche zu erwerben (durch das Auftreten im eigenen Namen). Sonst freilich ist die Stellung des Fiduziars und Kommissionärs, der Eigentum am Kommissionsgut erworben hat, im wesentlichen gleichen Inhalts. Der vollgültigen dinglichen Berechtigung steht die obligatorische Verpflichtung zu einem bestimmten Gebrauch oder zur Übertragung an den Geschäftsherrn gegenüber.[2])

Insbesondere in den Beziehungen zum Strafrecht ist ein Unterschied nicht zu finden. Auch in jenen Fällen kann bei der Frage einer Ergänzung der hier zutage tretenden Lücke de lege ferenda keine nähere Verwandtschaft mit der Unterschlagung festgestellt werden und zwar aus den gleichen Gründen wie bei den fiduziarischen Verhältnissen. Dagegen besteht geradeso wie dort eine Wesensähnlichkeit mit der Untreue. Auch beim Erwerb von Eigenrechten auf Grund indirekter Stellvertretung und in ähnlichen Fällen wird eine dem Täter wenigstens mittelbar[3]) — nämlich in der Befugnis zum Erwerbe von Eigenrechten — gewährte Machtstellung missbraucht zum Nachteile des Gewährenden, ebenso wie in fiduziarischen Verhältnissen und bei der Untreue. Also auch hier drängt die Analogie zum Anschluss an die Untreue.

II. Es erscheint daher zweckmässig und richtig, diese Fälle mit den strafwürdigen Handlungen des Fiduziars bei der Erörterung de lege ferenda zusammenzufassen und ihnen eine einheitliche Behandlung angedeihen zu lassen. Sie weisen alle einen ganz gleichgearteten strafrechtlichen Charakter auf, der sich in der übereinstimmenden Wesensverwandtschaft zur Untreue äussert.

Trotz dieser Wesensverwandtschaft würde es sich nicht empfehlen, die gedachten Fälle in das Untreuedelikt durch Erweiterung seines Tat-

---

[1]) Vgl. Schultze S. 2.

[2]) Es ist daher begreiflich, dass die Protokolle zum B.G.B. II S. 361 ff. die hier fraglichen auf Grund mittelbarer Stellvertretung entstandenen Verhältnisse ebenfalls als „fiduziarische" bezeichnen.

[3]) Die fiduziarischen Verhältnisse gewähren die Machtstellung unmittelbar.

bestandes aufzunehmen. Denn es besteht anderseits doch ein tiefgreifender Unterschied, dessen Verwischung den durch jahrzehntelange Entwickelung mühsam gewonnenen Untreuetatbestand wieder zerstören würde.

Die Vollmacht als Untreuegrundlage ist notwendig rechtliche Verfügungsbefugnis;[1]) nur durch Vollmachtsmissbrauch, also nur durch rechtliche Verfügungen kann man sich der Untreue schuldig machen. Dagegen ist die Machtstellung, die dem Täter in den hier behandelten bisher unbestraften Fällen gewährt wird, nicht notwendig juristischer, sondern überwiegend tatsächlicher Natur. Sie ist ebenso unbeschränkt wie das Eigentum, in dessen Form sie auftritt. Soll hier ein genügender strafrechtlicher Schutz geschaffen werden, so müsste er sich auch gegen tatsächliche Verfügungen des Fiduziars und Kommissionärs richten, sonst würde eine Sachbeschädigung, eine Aneignung durch rein faktische Handlungen wie Verbrauch, eine Urkundenbeseitigung, begangen am fiduziarisch übertragenen Gut, straflos bleiben. Das praktische Bedürfnis und der Inhalt der Verfügungsmacht entsprechen sich naturgemäss. Bei der Untreue nur juristische Verfügungsgewalt und Schutz gegen rechtliche Handlungen, in fiduziarischen und gleichgearteten Verhältnissen eine Verfügungsgewalt unbeschränkten Inhalts und Schutz auch gegen tatsächliche Verfügungen.[2])

Unter diesen Umständen kann an eine Aufnahme dieser letzteren Fälle in den Untreuetatbestand nicht gedacht werden. Dieser würde dadurch seine Eigenart verlieren und jede juristische Bestimmtheit einbüssen. Daher sind die oben (S. 45) erwähnten Vorschläge von Dr. H. A. und Draheim, die beide den Untreuetatbestand selbst erweitern wollen, zu verwerfen. Gegen Draheims Fassung lässt sich weiter noch einwenden, dass die fraglichen Fälle, die unter Strafe gezogen werden sollen, anscheinend garnicht von ihr ergriffen werden; denn die Täter benachteiligen hier durch Missbrauch von Eigenrechten und nicht „durch Missbrauch der ihnen vom Auftraggeber eingeräumten Verfügungsgewalt".

---

[1]) Und zwar nur über fremdes Vermögen; eine von einem Andern eingeräumte rechtliche Verfügungsmacht über eigenes Vermögen ist undenkbar oder mindestens als Tautologie — der Eigentümer besitzt bereits die volle Verfügungsmacht — unerheblich. Deshalb folgt unmittelbar aus dem Begriff der Untreue ihre notwendige Beschränkung auf fremdes Vermögen.

[2]) Bei fiduziarischen Zessionen von Forderungen wird es sich freilich nur um rechtliche Verfügungen handeln können, da tatsächliche Verfügungen regelmässig nicht denkbar sind.

Der trotzdem bestehenden inneren Verwandtschaft mit dem Untreue delikt, wie sie oben dargelegt ist, könnte man vielleicht dadurch Rechnung tragen, dass man die fraglichen Fälle entweder in einem besonderen Absatz dem Untreueparagraphen anfügte oder in einem eigenen Paragraphen mit der Untreue unter einer gemeinsamen Überschrift zusammenfasste.

Den letzteren Vorschlag macht Cartier, der das Schutzbedürfnis in fiduziarischen Verhältnissen zuerst berührt.[1]) Er schlägt folgende Fassung vor: „Wer Sachen, Gelder, Forderungen oder sonstige Vermögensstücke, die er mit der Verpflichtung in sein Vermögen erhalten hat, sie redlicherweise dem Auftraggeber abzuliefern oder in guten Treuen zu Gunsten eines Andern über sie zu verfügen, unrechtmässig entgegen ihrer ausdrücklichen Bestimmung für sich oder einen Dritten entwendet, wird .... bestraft."

Gegen diese etwas umständliche und in Einzelheiten vielleicht auch unsichere Formulierung ist vor allem einzuwenden, dass sie sich in der äusseren Form nicht an die Untreue, der sie zugesellt werden soll, sondern an die Unterschlagung anpasst. Genauer und zweckentsprechender würde etwa die folgende Fassung sein:

„Wer die als Treuhänder oder infolge eines Vertretungsverhältnisses empfangenen Eigenrechte zum Nachteile des Geschäftsherrn oder des von diesem bedachten Dritten missbraucht, wird wie im Falle der Untreue bestraft."

---

[1]) Cartier S. 144 ff. Er gelangt im wesentlichen zu denselben Ergebnissen wie wir, es laufen ihm jedoch manche Irrtümer unter. So ist er der Ansicht, dass nur bewegliche Sachen auf den indirekten Stellvertreter übergehen können, nicht auch Forderungen (S. 144). Er äussert weiter, auch bei fiduziarischen Verhältnissen handele der Täter auf Grund einer juristischen Verfügungsmacht, was offenbar nicht zutrifft. Dann fasst er auch den Begriff des fiduziarischen Geschäfts zu eng. Er sieht darin allein den „Übergang von Vermögensstücken in die Rechtssphäre des Täter zu dem Zwecke, im Interesse Dritter verwendet zu werden". (S. 146.) Danach würden also Sicherungsübereignungen nicht dazu gehören. Die vorgeschlagene Fassung der Ergänzungsbestimmung ist übrigens umfassender; vgl. oben im Text.

Dritter Abschnitt.

§ 12. Die Untreue in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts".

Die neueste Bearbeitung, die die Untreue erfahren hat, findet sich in dem grossen eingangs erwähnten Werke, das sich selbst als „Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform" bezeichnet, zu dem fast alle namhaften Kriminalisten deutscher Zunge mit wenigen Ausnahmen — es fehlt z. B. Binding — ihre Mitarbeit geliehen, in der „Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts."[1]) Ihr Verfasser ist Professor Dr. Freudenthal.

Diese Arbeit hat in der vorliegenden Schrift bisher noch keine Berücksichtigung gefunden. Mit Vorbedacht. Denn sie nimmt in der gesamten Untreueliteratur eine eigenartige Stellung von solcher Bedeutung — sowohl wegen ihres inhaltlichen und darstellerischen Werts, wie besonders wegen ihres voraussichtlich massgebenden Einflusses auf die Reform des deutschen Strafrechts — ein, dass sie nur in einem besonderen Abschnitte voll gewürdigt werden zu können schien.

Nach einer kurzen Einleitung gibt Freudenthal in seinem I. Teile eine Darstellung des geltenden deutschen Rechtes, nicht ohne eine bestimmte Stellungnahme und Auseinandersetzung mit den Gegnern, im II. behandelt er die wichtigsten ausländischen Rechte, die er in zwei Gruppen scheidet, je nachdem sie bereits einen selbständigen Untreuetatbestand besitzen oder nicht. Im III. Teil folgt zusammenfassend eine Kritik des bisherigen und Reformvorschläge.

Eine ihrer Hauptaufgaben sieht die Arbeit darin, die Nachteile der kasuistischen Fassung des Untreuetatbestandes im geltenden Rechte aufzudecken (insbesondere S. 137 ff.) und auf eine einheitliche und begriff-

---

[1]) Im 8. Bd. des besonderen Teiles, den sie mit Bankerott, Wucher und Ausbeutung, Verletzung fremder Geheimnisse, Jagd- und Fischereivergehen teilt, S. 105 bis 159.

liche Formulierung im neuen Strafgesetze hinzuwirken. Sie stellt fest, dass die weitaus überwiegende Zahl der modernen ausländischen Strafgesetze und Entwürfe, und gerade die besten von ihnen, dazu gelangt sind. „Das kann kein blosser Zufall sein. Es geht vielmehr die Entwickelung hier, wie bei anderen Verbrechenstatbeständen, von der primitiven kasuistischen zu allgemeiner Fassung des Gesetzes. Das Recht des künftigen Strafgesetzbuches wird sich, unter selbständiger Gestaltung des Tatbestandes, den modernen Rechten zugesellen müssen.“[1])

Diese Ausführungen sind vollauf berechtigt und verdienen die grösste Beachtung. Stets schreitet das Recht, im Anfange vom konkreten Einzelfall ausgehend, zur Verallgemeinerung und begrifflichen Abstraktion als seinem Ziele vorwärts. Man könnte unter diesem Gesichtspunkte in der Fassung der strafrechtlichen Tatbestände einen Massstab für die Entwickelungsstufe erblicken, auf der sich das Strafgesetz befindet.

Auch sonst gelangt F. vielfach zu denselben Ergebnissen wie die vorliegende Abhandlung. So rügt er nach dem Vorgange Bindings (vgl. S. 37), dass der § 266 St.G.B.s Unzugehöriges enthalte, nämlich sämtliche Subjekte der Ziff. 3 ausser dem Versteigerer und Mäkler, die lediglich festzustellen und unter Umständen zu beglaubigen hätten und daher nicht in den Untreuetatbestand hineinpassten. Auch F. ist indessen der Ansicht, dass die Nr. 3 „praktisch kaum je angewandt“ wird (S. 137/138).

Anderseits erkennt er die Ergänzungsbedürftigkeit der Untreue an, insbesondere für den Fall, dass der Bevollmächtigte nach zivilrechtlichen Grundsätzen an dem Vermögensstück Eigentum erworben hat, z. B. auf Grund indirekter Stellvertretung (S. 113). Auch kritisiert er die Bemühungen des Reichsgerichts, diese Lücken durch umständliche juristische Konstruktionen oder oft nicht berechtigte tatsächliche Feststellungen auszufüllen (a. a. O.). Allerdings sind die fiduziarischen Verhältnisse ganz ausser acht gelassen.

Auch F. verwirft die Treubruchstheorie des Reichsgerichts. Die Verletzung einer besonderen Pflicht zur Treue sei jedenfalls nach Aufnahme der Ziffer 2 in den Tatbestand des § 266 St.G.B.s nicht mehr charakteristisch für die Untreue (S. 114).[2])

---

[1]) So im Schlusswort S. 159.

[2]) Wenn F. im Anschluss hieran allerdings meint, das Reichsgericht sei über diese Formulierung hinausgegangen, so irrt er u. E. Die von ihm herangezogenen

Freilich hat F. vom Wesen der Untreue eine ganz andere Auffassung, als wie sie hier zu begründen versucht wurde. Auf Grund des geltenden Rechts stellt er folgendes als „das der Untreue Wesentliche" hin: „Kraft Rechtens ist der Täter in eine Stellung getreten, die ihm die Pflicht auferlegt, für fremdes Vermögensinteresse zu sorgen. Dieser Rechtspflicht würde er durch eine gewisse Handlung (Handlung I) genügen. Zu Handlung I ist er berechtigt und verpflichtet. Jene Stellung aber gibt ihm auch die tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme einer anderen Handlung (Handlung II), durch die er freilich jener Rechtspflicht nicht genügen würde. Von dieser tatsächlichen Möglichkeit macht er unter Verletzung seiner Fürsorgepflicht Gebrauch, nimmt Handlung II vor und schädigt durch sie, wen er schützen sollte. So ist der Untreue eigen, dass der Täter ein fremdes Vermögensinteresse unter Verletzung der Rechtspflicht dafür zu sorgen, schädigt. Die typische Art der Begehung von Untreue ist also die Verletzung dieser Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge." (S. 116/117).

In diesem Sinne wird folgende Fassung des Untreuetatbestandes für das neue Strafgesetz vorgeschlagen (S. 148): „Wer, unter Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten, das Vermögen eines Andern beschädigt, wird u. s. w."

Wir sind früher in unseren Erörterungen zu dem Ergebnis gekommen, dass das Wesen der Untreue in dem Missbrauch einer dem Täter eingeräumten rechtlichen Vertretungsmacht zu suchen ist. F. stellt dem die Verletzung der Pflicht zur Fürsorge für fremde Vermögensinteressen (Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten) entgegen. Es ist zu beachten, dass in diesem Moment, dem hervorgehobenen „Mittel der Begehung", die grundlegende Auffassung für die Untreue überhaupt zu erblicken ist.[1]) Hier stossen die Gegensätze hart aufeinander. Es ist daher geboten, an diesem Punkte etwas länger zu verweilen.

An Stelle der allgemeinen Treuepflicht des Reichsgerichts, deren Verletzung die Voraussetzung des Delikts ist, finden wir also wieder eine

---

Deduktionen des Reichsgerichts, dass auch ausserhalb der Vollmacht liegende Handlungen Untreue darstellen können, steht in vollem Einklang und besagt das Gleiche wie die Treubruchstheorie. An Binding und seine Theorie, die auch von uns vertreten wird, hat sich das Reichsgericht (ausser in der bald widerrufenen Entsch. 28.155) in der Sache nie angeschlossen, höchstens bisweilen dem Ausdruck nach, der aber dann im Zwiespalt mit der in der Praxis betätigten Auffassuug stand (vgl. oben S. 18).

[1]) Ebenso auch F., S. 115.

Pflicht, nämlich die zur Vermögensfürsorge. Man könnte meinen, es sei nun die Unbestimmtheit, die jener „Treuepflicht“ anhaftete, und die daraus fliessende juristische Unbrauchbarkeit bei der neuen Formulierung vermieden. Es zeigt sich jedoch, dass auch hier kein klar abgegrenzter Begriff vorliegt, der die gewünschte Sicherheit der Rechtsprechung verbürgte.

Wem liegt denn die Pflicht zur „Fürsorge für fremde Vermögensinteressen“ ob? F. gibt keine Definition, auch keinen Anhaltspunkt, ausser dass er auf einige Bestimmungen im geltenden Recht verweist (S. 148), die aber lediglich zeigen sollen, dass der gewählte Ausdruck der Gesetzessprache nicht fremd ist, und aus denen auch tatsächlich weiter nichts zu entnehmen ist.

Es ist ja zweifellos, dass der Vormund z. B. zur Vermögensfürsorge gegenüber dem Mündel verpflichtet und daher taugliches Subjekt der Untreue ist. Auch dem Bevollmächtigten wird — aus dem der Vollmacht zugrunde liegenden obligatorischen Verhältnisse — eine derartige Pflicht stets obliegen. Wie steht es aber mit Personen in obligatorischen Verhältnissen, die eine r e c h t l i c h e Macht n i c h t gewähren?

Begeht beispielsweise ein Gärtner Untreue, der zur Instandhaltung und Pflege eines herrschaftlichen Gartens eingesetzt ist, wenn er, statt seiner Pflicht gemäss die Beete umzugraben und zu bepflanzen, die Bäume zu beschneiden und das Unkraut auszujäten, den Garten absichtlich verwildern lässt, wohl gar die Pflanzen beschädigt und sich die gewonnenen Früchte aneignet? Nach der F.schen Formulierung sollte man es annehmen. Der Garten bezw. die Pflege des Gartens stellt zweifellos ein Vermögensinteresse des Eigentümers dar, der Gärtner ist durch Vertrag zur Fürsorge für dieses Interesse verpflichtet. Auch ist das Vermögen des Eigentümers durch Verwilderung und Nichtbestellung, noch mehr durch Verwüstung und Beraubung des Gartens geschädigt.

Ähnlich liegt der Fall, wenn ein Museumswärter, der mit der Aufsicht über die darin enthaltenen Kunstschätze betraut ist, ruhig zusehen würde, wie das rohe Publikum die Standbilder demoliert und die Gemälde durchlöchert. Oder wenn jemand ein Wertstück in Verwahrung genommen hat und es sich dann aneignet oder seine Wegnahme duldet, während er doch verpflichtet ist, für dessen sichere Aufbewahrung und Rückgabe zu sorgen. Derartige Beispiele lassen sich in unendlich grosser Zahl bilden, sie kommen im praktischen Leben nicht selten vor. Stets müsste hier nun nach der F.schen Fassung des Untreuetatbestandes, eine Untreue vorliegen.

Aber dieses Ergebnis wäre absurd. Es müssten Fälle unter Strafe gezogen werden, die unserem Gefühl nach völlig dem Zivilrecht überlassen bleiben sollten. Wenn der Gärtner den Garten im oben genannten Beispiel auch vorsätzlich vernachlässigt, sodass der Ertrag ein geringer und der Eigentümer am Vermögen geschädigt wird, so ist hier doch kein Grund für den Strafrichter einzuschreiten; wo bleibt denn der Raum für die zivilrechtliche Schadensersatzklage, die hier angebracht wäre? Oder soll der zivilrechtliche Ausgleich immer nur neben der Strafe einhergehen?

Sobald die Handlungsweise einen wirklich strafwürdigen Charakter annimmt, ist der Strafrechtsschutz ohnehin schon da. Die Pflanzenbeschädigung und Früchteunterschlagung wird natürlich aus §§ 303 und 246 St.G.B.s bestraft, ebenso macht sich der erwähnte Museumswärter durch pflichtwidrige Unterlassung der Teilnahme an der Sachbeschädigung, der Verwahrer am Diebstahl[1]) schuldig. Es liegt also gar kein Bedürfnis vor, hier wegen Untreue zu strafen, und es ist anzunehmen, dass dies auch nicht F.s Absicht entspricht, mag man auch versucht sein, dies aus seiner Formulierung zu schliessen.

Denn F. hat seine Auffassung als das Wesentliche der Untreue aus dem geltenden Recht abstrahiert, wie er selbst betont (S. 146). Nun würde aber nach geltendem Recht in keinem der gedachten Fälle wegen Untreue gestraft werden können, weil die Täter weder zu den in Nr. 1 § 266 St.G.B.s aufgezählten Personen gehören, noch Bevollmächtigte, d. h. mit rechtlicher Macht bezüglich des Vermögens, für das sie sorgen sollen, begabt sind. Auch in der Zahl der Personen, bezüglich deren nach F. ein Bedürfnis nach Erweiterung des Kreises der Untreuesubjekte besteht, werden die genannten Fälle nicht aufgeführt.

Es ist daraus zu entnehmen, dass die gewählte Formulierung „Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten“ enger aufgefasst sein will, als es ihrem Wortlaute entspricht. Nicht alle Verletzungen von Vermögensfürsorgepflichten bedeuten — die Vermögensschädigung vorausgesetzt — Untreue. Die taugliche Fürsorgepflicht muss eine besondere Beschaffenheit zeigen, es muss noch ein besonderes Moment hinzukommen, das sie von den gewöhnlichen Pflichten unterscheidet.

Dies Moment kann aber nur aus dem geltenden Strafgesetze selbst entnommen werden, aus dem die Vermögensfürsorgepflicht als Wesen

[1]) Oder auch der Unterschlagung, vgl. R.G. Rspr. 4. 229.

der Untreue abstrahiert ist, und dann kann es wiederum wie früher der Treubruchstheorie des Reichsgerichts gegenüber nur darin gefunden lwerden, dass die tauglichen Subjekte der Untreue sämtlich[1]) mit rechticher Vertretungsmacht begabt sind; dies ist das einzige, was sie vor allen anderen inbezug auf das Vermögen Verpflichteten voraus haben.

Wenn es also schon eine Pflicht sein soll, deren Verletzung zur Untreue gestempelt wird, so kann es nur die neben der allgemeinen Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten den Untreuesubjekten des geltenden Rechts eigene besondere Verpflichtung sein, die ihnen inbezug auf das fremde Veimögen eingeräumte Rechtsmacht nicht zu missbrauchen. In der Verletzung dieser besonderen Pflicht liegt das Wesen der Untreue begründet. Die Zuwiderhandlung gegen jene allgemeine Pflicht zur Vermögensfürsorge findet mit Recht, sofern sie nicht zugleich den Tatbestand eines anderen Vermögensdeliktes erfüllt, lediglich in zivilrechtlichem Ausgleich ihre Sühne; nur der Missbrauch rechtlicher Vertretungsmacht wird als Untreue bestraft.

Danach würde die Fassung des Untreuetatbestandes, unter Anpassung im übrigen an die F.sche Foimulierung, etwa folgendermassen zu lauten haben: „Wer unter Missbrauch einer ihm zustehenden Vertretungsmacht das Vermögen eines Anderen beschädigt, wird u. s. w.“

Gegen diese Bindingsche Auffassung polemisiert F. und sucht ihre Unhaltbarkeit nachzuweisen (S. 115 f.). Er macht insbesondere auf eine „unbefriedigende Folge“ aufmerksam: „Wenn der Bevollmächtigte A vorsätzlich im eigenen Namen, ohne das Vollmachtsverhältnis erkennbar hervortreten zu lassen, zum Nachteile des A vertauscht, statt auftragsgemäss zu verkaufen, oder unter Limito verkauft, so müssen die Vertreter der oben zusammengestellten Formulierungen, insbesondere Binding, Untreue verneinen. Denn der Täter hat hier weder auf Grund seiner Vollmacht, noch innerhalb seiner Zuständigkeit oder Stellung, noch als Bevollmächtigter gehandelt“ (S. 116).

Das ist richtig, aber unseren früheren Untersuchungen zufolge müssen in einem solchen Falle bei Überschreitung der Vollmacht zum Nachteil des Machtgebers die übrigen zum Schutze des Vermögens bestehenden Strafgesetze regelmässig eingreifen. Man wird tatsächlich hier auch eine Unterschlagung annehmen können, denn es ist mit Sicher-

[1]) Mit Ausnahme natürlich der meisten in Ziff. 3 § 266 angeführten Personen, die auch F. von der Untreue ausschliessen will (vgl. oben).

heit vorauszusetzen, dass der Bevollmächtigte sich auf irgend eine Weise den wirtschaftlichen Vorteil seiner Handlungsweise gesichert haben wird, und selbst wenn er lediglich dem Dritten, mit dem er das vollmachtswidrige Geschäft abschloss, einen Vermögensvorteil zuschanzen wollte, so dürfte auch darin eine rechtswidrige (ideelle) Zueignung des Mehrwerts der betreffenden Sache erblickt werden können.

Was übrigens das zweite Beispiel, den Verkauf unter Limito, anbetrifft, so würde hier stets im konkreten Falle zu prüfen sein, ob das vom Vollmachtgeber gesetzte Limito wirklich als Bestandteil der Vollmacht zu gelten hat oder nicht vielmehr lediglich eine Geschäftsanweisung, die dem Bevollmächtigten als Auftrag ohne Wirkung nach aussen erteilt ist, bedeutet. Das letztere wird u. E. in einem derartigen Falle meist zutreffen.

F. führt weiter an, eine auf solche Scheidung der Handlungen des Täters nach dem Gesichtspunkt, ob sie innerhalb oder unter Überschreitung der Vollmacht vorgenommen würden, gerichtete Willensmeinung sei „im Gesetze nicht zum Ausdruck gelangt." Das ist richtig; der Wortlaut des Gesetzes sagt hierüber ebenso wenig wie über die Verletzung einer Pflicht zur Vermögensfürsorge. Jedoch gibt auch F. (S. 146) zu, dass eine gewisse — im Gesetze nicht genannte — Art der Begehung bei Untreuehandlungen vorliegen müsse, meint aber, für Bindings Scheidung „dürfte kein innerer Grund vorliegen" (S. 116).

Es ist der vornehmste Zweck dieser Arbeit gewesen, die aus dem Gesetze zu entnehmende innere Berechtigung dieser Scheidung darzulegen. Wenn die im Gesetze genannten Verhältnisse, die die Grundlage für die Untreue bilden, sich von ähnlichen Vertrauens- und Verpflichtungsverhältnissen nur durch das Bestehen einer rechtlichen Vertretungsmacht, die dem Täter gewährt ist, und durch die Möglichkeit zum Missbrauch dieser rechtlichen Macht unterscheiden, so ist es eine einfache Folgerung der Logik, dass nur solche Handlungen als Untreue zu betrachten sind, die mit dieser Vertretungsmacht im engsten Zusammenhange stehen, auf ihr beruhen.

Auch dass sich diese Meinung, „selbst wenn sie begrifflich haltbar wäre, kaum praktisch durchführen liesse", trifft nicht zu. F. führt hier ein von Binding (S. 399) gewähltes Beispiel an: Der Mann hat von der Frau den Auftrag erhalten, für ihr gehörige 2000 Mark „gute Staatspapiere" zu kaufen und kauft stattdessen, um sie zu schädigen, „Schundpapiere". Binding nimmt Untreue an; dagegen wendet F. ein, dem Täter sei diese Machtvollkommenheit garnicht eingeräumt gewesen (S. 116).

Dem ist entgegenzuhalten, dass Binding hier, wie die Verweisung auf § 1376 B.G.B.s zeigt, den Fall im Auge hat, dass der Mann über eingebrachtes Gut verfügt, und zwar über Geld. In diesem Falle ist ihm vom Gesetz (§ 1376 Nr. 1) die freie Verfügungsgewalt eingeräumt, er ist insoweit gesetzlicher Vertreter der Frau und hätte vom Strafgesetzgeber den im § 266 Nr. 1 St.G.B.s aufgeführten Personen zugesellt werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, so kann er nur nach § 266 Nr. 2 bestraft werden. Es ist indessen hier auf Grund des § 1376 B.G.B.s eine Art gesetzlich umschriebener Vollmacht (ähnlich der Prokura) anzunehmen, die durch den nicht soweit gehenden Auftrag der Frau nicht beschränkt werden kann. Denn das Wesentliche der Untreue, der Missbrauch rechtlicher Verfügungsgewalt ist hier vorhanden, der Mann ist in der Lage, auf Grund seiner Vertretungsmacht rechtlich wirksam über das Geld zu verfügen.

Auf diesen letzteren Umstand ist insbesondere zu verweisen, wenn F. meint, es fehle für die hier vertretene Formulierung „an jeder sicheren und unangreifbaren Unterlage" (S. 116). Die zivilrechtliche Wirksamkeit der Handlungen des Täters auf Grund seiner Rechtsmacht gibt die sichere Grundlage für die Entscheidung, ob Untreue vorliegt. Mag man auch zugestehen, dass die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer an beweglichen Sachen das Ergebnis manchmal erschweren wird, so ist die hier vielleicht vorhandene Unsicherheit doch keinesfalls grösser als bei der Entscheidung, ob die „besondere Pflicht zur Treue" oder die „Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten" verletzt ist.

Den Hauptnachweis der Unrichtigkeit der von uns vertretenen Bindingschen Auffassung stellt F. bei der Behandlung der Frage nach der Idealkonkurrenz mit den andern Vermögensdelikten in Aussicht.[1]) Diesen Nachweis ist er indessen schuldig geblieben. Er gibt hier im Gegenteil einmal die Folgerichtigkeit des aus der hier vertretenen Auffassung gezogenen Schlusses auf die Unmöglichkeit idealer Konkurrenz von Untreue mit anderen Vermögensdelikten zu und hält es anderseits auch für

[1]) S. 115/116: „Es wird unten, wo vom Verhältnis der Untreue zu anderen Strafgesetzen die Rede ist . . ., der Nachweis versucht werden, dass die aus Bindings Auffassung von ihm selbst gezogene Folgerung, die Untreue könne nicht in der Form der Unterschlagung u. s. w. begangen werden, aus mannigfachen Gründen nicht zugegeben werden kann. Da sie sich jedoch mit Notwendigkeit aus der Bindingschen Auffassung vom Wesen der Untreue ergibt, so zeugt sie, wenn sie selbst unhaltbar ist, gegen diese Auffassung."

„höchst erwünscht, das Übergreifen neuer Tatbestände in das Gebiet älterer zu vermeiden" (S. 123). Er lehnt diese Folgerung nur ab, weil sie zu seiner Anschauung, die „das Wesen der Untreue in Vermögensbenachteiligung unter Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht" sieht, nicht passt.

Nach all dem scheint uns F.s Polemik gegen unsere Auffassung hinfällig zu sein.

Einen Vorzug bietet allerdings die dort vorgeschlagene Formulierung des Untreuetatbestandes gegenüber der von uns empfohlenen. Während nämlich nach unserer Fassung der Untreue als Vermögensbeschädigung durch Missbrauch rechtlicher Macht alle die Fälle von dem engeren Untreuedelikt nicht ergriffen werden, in denen das Eigentum an einem Vermögensstück auf den Täter übergegangen ist — weil hier der Missbrauch rechtlicher Macht fehlt —, ist die Untreuehandlung dort so weit gefasst, dass auch diese Fälle darunter fallen; freilich nur unter der Voraussetzung, dass man das Vermögen nationalökonomisch als eine Summe von wirtschaftlichen Werten, den „Inbegriff geldwerter Güter" (v. Liszt) auffasst und nicht juristisch als Summe von Rechten und Pflichten. Denn eine rechtliche Vermögensbeschädigung tritt in den fraglichen Fällen regelmässig nicht ein.

Allein dieser Vorteil büsst seinen Wert wieder ein, da von den fiduziarischen Verhältnissen, bezüglich deren ebenfalls das dringende Bedürfnis eines im Anschluss an die Untreue zu gewährenden Strafrechtsschutzes besteht, nur ein Teil den Erfordernissen der F.schen Fassung genügt. Eine grosse Anzahl fällt auch dort aus dem engeren Rahmen der Untreue, weil eine Pflicht zur Vermögensfürsorge nicht besteht. Dazu gehören insbesondere sämtliche fiduziarischen Übertragungen zu Sicherungszwecken. Dass der Fiduziar zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten verpflichtet sei, ist keinesfalls anzunehmen; es würde sich also trotz des bedeutend weiteren — mit Rücksicht auf das Verhältnis zu den andern Vermögensdelikten viel zu weiten — Geltungsgebietes des Untreuetatbestandes, wie ihn F. vorschlägt, immer noch die Notwendigkeit einer ergänzenden Sonderbestimmung im Anschluss an das engere Delikt ergeben, nicht anders wie bei der von uns vertretenen Ansicht; ein vollkommen einheitlicher Untreuetatbestand ist also in keinem Falle zu erreichen.

Es mag erwähnt werden, dass auch F. die Verletzung der Vermögensfürsorgepflicht nur als Mittel der Begehung auffasst, und nicht

etwa diese Pflicht als das Schutzobjekt der Untreue, wie die Anhänger der Reichsgerichtstheorie die Treuepflicht. Schutzobjekt der Untreue ist vielmehr das Vermögen in allen seinen Beziehungen. Demnach findet die Untreue im System ihren Platz unter den gegen das Vermögen gerichteten, durch die besondere Art der Begehung gekennzeichneten Delikten, wie Betrug, Erpressung, Glücksspiel. „Nur sollte man sie mit keinem von diesen in einen und denselben Abschnitt stellen, sondern ihr .... einen eigenen Abschnitt zuweisen". (S. 157.)

Ein weiteres Eingehen auf die F.sche Darstellung würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, die sich nur die Herausarbeitung des Wesens der Untreue zum Ziel gesetzt hat.

Damit sind wir am Schlusse unserer Erörterungen angelangt. In der Hand des Gesetzgebers liegt es nunmehr, was für einen Charakter die Untreue im neuen Strafgesetzbuch aufweisen soll. Es gilt die Wahl zwischen dem Meinungsgegensatz Freudenthal — Binding. Gegenüber dem naturgemäss überwiegenden Einfluss der F.schen Auffassung, die den Vorzug einer anscheinend leichten und glücklichen Formulierung für sich hat und vielleicht auch neue Wege anbahnt, wird sich der Gesetzgeber über eins klar werden müssen: will man auf dem Boden des geltenden Rechtes weiterbauen, in den Bahnen fortschreiten, die die bisherige Entwickelung gewiesen hat, will man nur fortentwickeln und ergänzen, nicht umbauen und im Wesen verändern, so wird die hier vertretene Bindingsche Ansicht, nach der die Untreue Vermögensbeschädigung durch Missbrauch rechtlicher Macht ist, den Sieg davontragen müssen.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. von **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr **Hegler,** Tübingen. Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lening,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg. Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker** Würzburg. Prof Dr. **A. Frh. v. Overbeck,** Freiburg (Schweiz), Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 95.

Die Bestechung von Angestellten in Handel und Gewerbe.

Von

Dr. jur. Otto Stark.

BRESLAU 1909.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Die Bestechung von Angestellten in Handel und Gewerbe.

Von

Dr. jur. Otto Stark

in Ulm a. d. Donau.

BRESLAU 1909.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen

von

Professor Dr. Ernst Beling, Tübingen.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Inhalt.

Einleitung.

Seite

§ 1. Die volkswirtschaftlichen Klagen 1
§ 2. Das englische und das australische Gesetz gegen die Bestechung der Angestellten 6

I. Hauptteil. Das geltende Recht.

A. Das bürgerliche Recht und Handelsrecht.

§ 3. Die Bestimmungen des B.G.B. über den Dienstvertrag. 10
§ 4. Die Bestimmungen des H.G.B. bezüglich des Handlungsgehilfen . 12
§ 5. Schadensersatzansprüche; Verstoss gegen die guten Sitten 13

B. Das geltende Strafrecht.

§ 6. Allgemeines 14
§ 7. Die Untreue des § 266 St.G.B. 16
§ 8. Betrug im Sinne des § 263 St.G.B. 18

II. Hauptteil. Lex ferenda.

A. Die Grundfragen.

§ 9. Die Frage nach der Rechtswidrigkeit 30
§ 10. Die Frage nach der Pönalisierung 36

B. Das aufzustellende Strafgesetz.

§ 11. Im allgemeinen 43
§ 12. Die Formulierung des Deliktsbegriffs 47
§ 13. Die Behandlung der Teilnahme (Anstiftung) 51
§ 14. Schlußwort 53

Anhang: Das englische Gesetz vom 4. August 1906 (the Prevention of Corruption Act) und das australische Gesetz vom 16. November 1905 (the Secret Commissions Act).



Literaturverzeichnis.

Alcalay, Aktive und passive Bestechung (Tüb. Diss.). Pressburg 1889.

Ammon, Die Untreue (§ 266 St.G.B.). Tübingen 1894.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bd. I. 2. Auflage 1902.

Birkmeyer, Bestechung. (Vergl. Darst. des deutsch. u. ausl. Strafrechts, Band IX, Seite 309 ff.)

Deutsche Juristenzeitung. (Lippmann im XII. Jahrg. S. 92 ff.; XIII. Jahrg. S. 690 u. Dosenheimer S. 1160/1161.)

Draheim, Untreue und Unterschlagung. Breslau 1901.

Frank, Kommentar zum St.G.B. 5./7. Auflage 1908.

Freudenthal, Untreue. (Vergl. Darst. d. deutsch. u. ausl. Strafrechts, Bd. VIII Seite 105 ff.)

Das freie Wort, Frankfurter Halbmonatsschrift. Herausgegeben von Max Henning, Frankfurt a. M. Jahrgänge 1902--1908.

Goltdammer, Archiv für Strafrecht. (Kronecker in Bd. 34 S. 402 ff., Bd. 38, S. 202 ff., u. Tischendorf in Bd. 51 S. 454 ff.)

Handelsstand, Halbmonatsschrift für den deutschen Kaufmann. Hamburg. Nr. 4 vom 15. Februar 1907. (Rosendorff.)

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1887.

Hegler, Betrug. (Vergl. Darst. d. deutsch. u. ausl. Strafrechts, Bd. VII S. 433.)

Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit.

Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug. Reutlingen 1905.

Merkel, in H. H. u. kriminalistische Abhandlungen.

Olshausen, Kommentar zum St.G.B. 7. Auflage.

Oppenhoff, Kommentar zum St.G.B. und Rechtsprechung.

Sächsiche Industrie, Zeitschrift. Organ des Verbandes sächsischer Industrieller. Dresden, 10. November 1907, Nr. 3. (Inhulsen.)

Schuster, in der Strafgesetzgebung der Gegenwart. S. 609 ff.

Staub, Kommentar zum H.G.B. 8. Auflage.

Wachinger, Verbrechen und Vergehen im Amt. (Vergl. Darst. d. deutsch. u. ausl. Strafrechts, Bd. IX S. 193 ff.)

Wahlberg, Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht. Wien 1877.

Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft. (Frank in Bd. 18 S. 737 u. 739.)

Zeitschrift des Vereins deutscher Ingenieure. Berlin. Nr. 50, Jahrgang 1905.



Einleitung.

§ 1. Die volkswirtschaftlichen Klagen.

In den letzten Jahrzehnten haben sich in Deutschland Handel und Industrie erfreulicherweise mächtig entwickelt und einen ungeahnten Aufschwung genommen. Allenthalben wurden neue Handelsfirmen gegründet oder bestehende Geschäfte erweitert, und wie die Pilze schossen industrielle Etablissements aus dem Boden. Da konnte es nicht ausbleiben, dass die Konkurrenz in den allermeisten Branchen eine äusserst scharfe wurde und die Beteiligten alles daran setzten, die gegnerische Ware vom Markt zu verdrängen und der eigenen einen möglichst grossen Absatz zu verschaffen. Dass es aber bei einem solchen Konkurrenzkampf nicht immer ganz „fair" zugeht, liegt auf der Hand; denn Brotneid und Geldhunger sorgen schon dafür, dass die Beteiligten bei der Wahl ihrer Mittel nicht allzu gewissenhaft sind. Zwar bleibt (wie rühmend hervorgehoben werden darf) die grosse Mehrzahl der Kaufleute und Industriellen auch in Zeiten schärfsten Konkurrenzkampfes ihren altbewährten, soliden und reellen Geschäftsprinzipien treu; allein immer wieder finden sich unlautere Elemente, die vor den schlimmsten Machenschaften und den verwerflichsten Umtrieben nicht zurückschrecken und Publikum wie Konkurrenten in gleicher Weise schwer schädigen. Hier sollte nun das Gesetz „zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" vom 27. Mai 1896 Wandel schaffen. Es ist auch nicht zu verkennen, dass dieses Gesetz eine ganz heilsame Wirkung entfaltete und sich seither vieles besserte. Trotzdem bleibt auf diesem Gebiet für den Strafgesetzgeber noch manches zu tun übrig. Es gibt nämlich noch eine ganze Reihe

von unlauteren Machenschaften, die nicht unter das Wettbewerbsgesetz fallen und mangels anderweitiger Strafbestimmungen überhaupt nicht strafbar sind, obwohl ihre Bestrafung dringend wünschenswert erscheint. Hierher gehört vor allem die geradezu planmässig betriebene „Bestechung“ von Angestellten in Handel und Gewerbe, die einen nachgerade ganz unglaublichen Umfang angenommen hat. In manchen Betrieben (besonders der Leinenindustrie, Werkzeug- und Werkzeugmaschinenindustrie sowie in der Schürzen- und Wäschefabrikation und hauptsächlich in Buchdruckereien [1]) ist es seit einiger Zeit ganz üblich geworden, dass die Produzenten die Angestellten ihrer Abnehmer „bestechen“, um durch sie Aufträge für Lieferungen zu erhalten. Vor allem bei grossen Betrieben, in welchen der Geschäftsinhaber seine Einkäufe nicht alle selbst besorgen kann, vielmehr dies seinen Angestellten überlassen muss, suchen die Produzenten die Gunst solcher einflussreicher Angestellten in leitender Stellung zu erwerben, indem sie ihnen Geschenke und Gratifikationen aller Art gewähren und in Aussicht stellen. Viele Lieferanten machen dies in der Weise, dass sie einer Musterkollektion ein Geschenk (etwa eine goldene Uhr oder auch geradezu Geld) beipacken; andere wieder gewähren den Angestellten ihrer Abnehmer Vorzugspreise, die dem Prinzipal gegenüber verschwiegen werden; noch andere bezahlen den Angestellten eine Provision für die Vermittlung der Aufträge; nicht wenige suchen ihr Ziel auch in möglichst unauffälliger Weise dadurch zu erreichen, dass sie sich mit der Frau des Angestellten in's Benehmen setzen und dieser einen „Küchengruss“ zusenden oder ihr Haushaltungsgegenstände zum Geschenk machen, und was dergleichen Manipulationen mehr sind. – Natürlich vermag nicht jeder Angestellte solchen Versuchungen zu widerstehen, zumal dann nicht, wenn er vielleicht nur ein bescheidenes Einkommen bezieht, das für ihn und seine Familie schwer ausreicht, oder wenn er infolge Überschuldung oder sonstiger Umstände mit seinem Gehalt nicht auszukommen vermag. Es haben daher die bestehenden Lieferanten gar oft leichtes Spiel und keine sonderliche Mühe, ihre Geschenke an den Mann zu bringen. Hat aber einmal ein Angestellter Geschenke angenommen,

[1]) Wir entnehmen dies dem Jahresbericht der Handelskammer Ulm a. D. von 1904 (Seite 11–16), welcher uns durch die Güte des Herrn Handelskammersekretärs Dr. Kehm in Ulm zugänglich gemacht wurde. Vgl. hierzu auch das von der Redaktion der Deutschen Juristenzeitung veröffentlichte „Schulbeispiel“ für das Schmiergelderunwesen. D. J. Z., Jahrg. XIII, Nr. 12, Seite 690.

dann gerät er damit in Abhängigkeit und wird ein willenloses Werkzeug in der Hand des betreffenden Lieferanten. Der letztere nützt natürlich diese günstige Position nach Kräften aus und verlangt von dem Angestellten als Gegenleistung, dass dieser nunmehr ihn bezw. seine Waren und Fabrikate entsprechend begünstige. So kommt es denn nicht selten vor, dass ein derartiger Angestellter (sog. „Abteilungschef") bei seinen für den Prinzipal vorgenommenen Einkäufen trotz gleichen Preises die schlechtere Ware vor der besseren bevorzugt, nur weil er von dem Lieferanten der schlechten Ware eine Provision erhält, von dem der guten dagegen nicht. Dass hierdurch der betreffende Prinzipal schwer geschädigt wird, leuchtet ein; man wird auch ohne weiteres zugeben müssen, dass in einer derartigen Handlung ein grober Vertrauensmissbrauch gegen den Prinzipal liegt, der seine Interessen vielleicht aufs beste vertreten glaubt und nun in dieser Weise schnöde hintergangen wird. Und doch bietet das Gesetz, wie unten näher darzulegen sein wird, keine bezw. keine genügende Handhabe, einem derartigen Treiben beizukommen! — Kein Wunder, dass sich dieser Unfug immer mehr breit macht, und es bereits soweit gekommen ist, dass man solche Handlungen fast für erlaubt anzusehen beginnt und sich nicht scheut, den Angestellten solche Provisionen und Nebenverdienste ganz offen durch Annoncen in Tageszeitungen und Fachschriften zu offerieren.

Das Verdienst, hierauf aufmerksam gemacht zu haben, gebührt der Frankfurter Halbmonatsschrift „Das freie Wort", welche erstmals am 20. September 1902 und seitdem des öfteren [1]) zu diesen Missbräuchen Stellung nahm und auf die schweren Gefahren hinwies, welche hierdurch dem ganzen Erwerbsleben drohen. Seither ist die Angelegenheit nicht mehr zur Ruhe gekommen; denn eine ganze Reihe von Handelskammern [2]) hat sich mit ihr eingehend befasst und fast alle kamen zu dem Schluss, dass hier nur ein Gesetz Abhilfe schaffen könne.

---

[1]) Neuerdings (1905) sind diese verschiedenen Aufsätze, in einer Broschüre zusammengefasst, im neuen Frankfurter Verlag erschienen: „Das freie Wort in seinem Kampf gegen die Bestechung von Angestellten in Handel und Industrie." Eine Sammlung der in den Jahren 1902—1904 in der Halbmonatsschrift „Das freie Wort" zur Bestechungsfrage erschienenen Artikel nebst Vorwort und einem Anhang.

[2]) So insbesondere z. B. die Handelskammern von Ulm a. D., Ludwigshafen a. Rh., Offenbach a. M., Chemnitz, sowie die Handels- und Gewerbekammer für Oberfranken.

Dieser Ansicht trat auch der deutsche Handelstag bei, welcher sich am 27. November 1905 dahin aussprach:

„es solle bestraft werden, wer Angestellten eine Vergütung gibt, um sie zur Bevorzugung seiner Waren und Leistungen vor den Waren oder Leistungen anderer zu veranlassen, oder wer als Angestellter eine solche Vergütung annimmt; auch der Versuch, einen Angestellten zur Annahme einer solchen Vergütung zu bewegen, und der Versuch eines Angestellten, eine solche Vergütung zu erlangen, sollen strafbar sein."

Durch vorstehenden Antrag des Handelstages veranlasst, ist schliesslich auch die Regierung der Sache näher getreten; nur ist freilich die Kommission, die am 15. und 16. Februar 1907 im Reichsamt des Innern tagte, bei der Beratung des Entwurfs eines Gesetzes zur Abänderung des Wettbewerbsgesetzes zu dem Schluss gekommen, dass das Schmiergelderunwesen vorläufig für die gesetzgeberische Behandlung „noch nicht reif" sei.[1]) Es wird also jedenfalls noch einige Zeit darüber vergehen, bis wir in Deutschland ein derartiges Gesetz erhalten, und kann man es daher den unter diesen Missständen schwer leidenden Geschäftsleuten nicht verargen, wenn sie einstweilen mit neidischen Blicken nach England schauen, woselbst bereits am 4. August 1906 ein Gesetz gegen die Bestechung der Angestellten erlassen wurde. Allerdings war dies Gesetz gerade in England besonders dringlich. In England und Amerika [2]) tritt nämlich das sog. „Schmiergelderunwesen" in der denkbar krassesten Form auf und macht sich allenthalben aufs unangenehmste bemerkbar. Dort hat hauptsächlich im Hotel- und Restaurantgeschäft die Bestechung der Angestellten einen ganz riesigen Umfang angenommen, und in manchen Industriezweigen muss man sich selbst der Gunst der Werkführer und Vorarbeiter versichern, wenn man an ein bestimmtes Unternehmen liefern will.[3]) Zuweilen kommt es sogar soweit, dass die Rentabilität mancher Geschäftsbetriebe durch die übermässigen Spesen in Form der „Schmiergelder" in Frage gestellt wird. Aber nicht genug damit – – nein, das Schmiergelderunwesen hat schon viel schlimmere

[1]) Siehe darüber Justizrat Dr. Fuld in der Deutschen Juristenzeitung. Jahrgang 1908, No. 5 Seite 283.

[2]) Mehrere nordamerikanische Unionstaaten haben ebenfalls Gesetze gegen die Bestechung der Angestellten.

[3]) Vergl. dazu A. Rosendorff im „Handelsstand". Halbmonatsschrift für den deutschen Kaufmann im In- und Auslande. Jahrgang 1907, No. 4 (15. Februar).

Folgen gezeitigt. So soll es gutem Vernehmen nach in Amerika schon vorgekommen sein, dass der Direktor eines Hotels, durch Provision gefügig gemacht, den Personenaufzug bei einer Firma bestellte, die keine genügende Erfahrung auf diesem Gebiet besass; die Folge davon war, dass das Seil des Aufzugs nach einiger Zeit riss und dabei mehrere Hotelgäste verunglückten. Überhaupt lassen sich gar manche der in amerikanischen Betrieben so häufig vorkommenden Unglücksfälle, deren Ursache dem Uneingeweihten meist rätselhaft erscheint, auf solche und ähnliche Weise erklären, und kann man im Hinblick darauf das Schmiergelderunwesen geradezu als gemeingefährlich bezeichnen.

Wenn nun auch allerdings bei uns in Deutschland [1]) das Schmiergelderunwesen glücklicherweise noch keinen solchen Umfang [2]) angenommen hat, wie dies in England und Amerika der Fall zu sein scheint, so ist es doch wohl zu verstehen, dass man in kaufmännischen Kreisen schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer immer weiteren Ausdehnung des Bestechungswesens dringend nach einem Schutzgesetze verlangt, um so mehr, als sich wiederholt gezeigt hat, dass eine wirksame Bekämpfung dieses Unwesens im Wege der Selbsthilfe leider nicht möglich ist. So ist z. B. der Zusammenschluss der Forster Fabrikanten ziemlich wirkungslos gewesen; auch die Abmachungen des Vereins deutscher Tuchfabrikanten in Aachen scheinen wenig Erfolg gehabt zu haben. Überhaupt vermögen solche vereinzelte Massnahmen rein lokaler Natur nichts auszurichten gegenüber einem Unwesen, das schon seit geraumer Zeit geradezu internationale Bedeutung erlangt hat. Hier muss vielmehr das Gesetz zu Hilfe kommen und eine einheitliche Regelung vornehmen; denn nur auf diese Weise lässt sich eine wirkliche Besserung dieser unleidlichen Zustände erhoffen.

Ein neues Gesetz auf einem solch unerforschten Gebiet ist aber immerhin ein gewisses Wagnis, das ein vorsichtiger Gesetzgeber nicht ohne weiteres unternehmen wird; jedenfalls wird er an ein solches Gesetz

---

[1]) In Österreich scheint das Unwesen bereits eine ziemlich erhebliche Rolle zu spielen. Gutem Vernehmen nach sollen neuerdings z. B. bei der berüchtigten Prager Röhrenaffäre in grossem Umfange Bestechungen vorgekommen sein. („Schwäbischer Merkur" in No. 404 u. 417 des laufenden Jahrgangs.)

[2]) Statistisches Material über den Umfang des Schmiergelderunwesens steht uns leider nicht zu Gebot. Zur Illustration mag jedoch die Tatsache dienen, dass in den Rheinlanden und in Westfalen mancher Einkäufer oder Magazinier, der aus seiner Stellung ca. 3000 Mark Einkommen bezieht, bis zu 20 000 Mark Schmiergelder und heimliche Provisionen erhält. (S. darüber Freies Wort Seite 13.)

nicht herantreten, ohne zuvor in der Gesetzgebung anderer Staaten Umschau gehalten und die Erfahrungen verwertet zu haben, die man etwa in andern Ländern mit einem solchen Gesetz gemacht hat. Da nun, wie schon oben erwähnt, England bereits seit dem 4. August 1906 ein Gesetz gegen die Angestelltenbestechung besitzt, so dürfte eine Besprechung dieses Gesetzes sowie eines den gleichen Gegenstand behandelnden australischen Gesetzes hier am Platze sein und vielleicht weitere Kreise interessieren.

§ 2. Das englische und das australische Gesetz gegen die Bestechung der Angestellten.[1])

Der erste Entwurf des englischen Gesetzes datiert von 1899 und ist formuliert von Lord Russel of Killowen. Nach mannigfachen Änderungen ist das Gesetz sodann am 4. August 1906 zustande gekommen und am 1. Januar 1907 in Kraft getreten. Es betitelt sich laut Art. 4 als „the Prevention of Corruption Act". Die sedes materiae dieses Gesetzes ist der Art. 1[2]) und in diesem wiederum die Ziffer 1. Letztere zählt in drei verschiedenen Absätzen die Tatbestände auf, deren Verwirklichung nach dem Schlusssatz Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren oder (und) Geldstrafe bis zu 500 Pfund Sterling nach sich zieht.[3]) Von Interesse sind hauptsächlich die beiden ersten [4]) Absätze der Ziffer 1. Dieselben bilden

---

[1]) Der Urtext beider Gesetze ist im Anhang wiedergegeben, da dieselben wohl nicht allgemein zugänglich sein dürften. — Den Text des australischen Gesetzes verdanken wir der Güte des Reichsjustizamts.

[2]) Art. 2 enthält Vorschriften prozessualer Natur, die ihren Grund in den eigentümlichen Verhältnissen des englischen Strafprozesses haben und hier nicht interessieren. Art. 3 gibt Ausführungsbestimmungen für Schottland. Art. 4 enthält die Bezeichnung des Gesetzes und bestimmt den Zeitpunkt seines Inkrafttretens.

[3]) Diese Strafen dürfen bloß im ordentlichen Verfahren verhängt werden: im Weg des summarischen Verfahrens dagegen darf nur auf Gefängnisstrafe bis zu höchstens vier Monaten oder (und) Geldstrafe bis zu höchstens fünfzig Pfund Sterling erkannt werden. Siehe Art. 1 Ziffer 1 am Ende.

[4]) Dem Abs. 3 kommt keinerlei prinzipielle Bedeutung zu, da derselbe lediglich einen Spezialfall behandelt. Er hat nämlich den Fall im Auge, daß ein Angestellter sich von einem Lieferanten unrichtige Belege ausstellen lässt und dieselben sodann zur Täuschung seines Prinzipals benützt. So soll es z. B. häufig vorkommen, dass ein Lieferant seine Faktura auf einen höheren Betrag ausstellt, als er dem Angestellten wirklich berechnet, so dass dann dieser auf Grund der unrichtigen Faktura von seinem Prinzipal den vollen Betrag ausgehändigt bekommt, während er seinerseits nur eine erheblich geringere Summe an den Lieferanten abführen muss.

(ganz analog wie im deutschen St.G.B. die §§ 332, 333) zusammen den Doppeltatbestand eines Konvergenzdeliktes, insofern Abs. 1 von dem Angestellten handelt, der sich bestechen lässt, während in Abs. 2 von dem bestechenden Lieferanten die Rede ist. Der Deliktstatbestand ist ein verhältnismässig einfacher. Die Handlung des Abs. 1 besteht darin, dass ein Angestellter [1]) „auf dem Wege der Bestechung" von dritter Seite Geschenke oder sonstige Vorteile annimmt, erlangt oder zu erlangen versucht als Belohnung dafür, dass er in Bezug auf die Angelegenheiten oder das Geschäft seines Prinzipals irgend eine Handlung vornimmt oder unterlässt oder irgend jemanden begünstigt oder benachteiligt. Das Gegenstück hierzu bildet dann in Abs. 2 die Handlung des Lieferanten, welche in dem Geben oder Anbieten von Geschenken oder Vorteilen für solches Tun besteht. Der Tatbestand ist demnach ziemlich durchsichtig, und es bedarf wohl nur der Begriff des „corruptly"-Handelns einer besonderen Erläuterung. Dieser Begriff ist nämlich etwas verschwommen [2]) und lässt sich in der deutschen Sprache nur mit einiger Mühe wiedergeben. (Am besten dürften den Sinn wohl die deutschen Ausdrücke „auf dem Wege der Bestechung" oder „bestechlicherweise" treffen.) Jedenfalls steht soviel fest, dass der Engländer mit den Ausdrücken „corruption" und „corruptly" die Vorstellung von etwas Pflichtwidrigem, Unlauterem verbindet, und dass er dabei an Handlungen denkt, welche das Tageslicht zu scheuen haben. Es wird deshalb bei der Auslegung des Gesetzes der Nachdruck auf das „corruptly" zu legen und davon auszugehen sein, dass nicht jedes Annehmen von Geschenken für irgend eine Handlung in Bezug auf das Geschäft des Prinzipals strafbar ist, sondern dass nur dann Strafe eintritt, wenn die Annahme „corruptly" geschah, d. h. wenn sich der Angestellte zur Verletzung seiner Pflichten dem Prinzipal gegenüber verleiten liess.

Dass dies die Meinung des Gesetzes ist, bestätigt auch der Inhalt des mit dem englischen innig verwandten australischen Gesetzes. Letzteres vermeidet nämlich (offenbar in voller Absicht) die unklaren Ausdrücke „corruptly" und „corruption" und spricht anstatt dessen von „secret

[1]) Der Begriff des „Angestellten" („Agent") ist in den Ziffern 2 und 3 des Art. 1 näher definiert. Er ist sehr weit und umfasst nach Ziffer 3 auch „a person serving under the Crown etc."

[2]) Im englischen Unterhause vermisste die Opposition eine scharfe Bestimmung des Begriffes „corruptly". Vergl. darüber Inhulsen in der „Sächsischen Industrie", (Novembernummer 1907).

commissions“ und „secret gifts“, welche der Angestellte „without the full knowledge and consent of the principal“ annimmt oder zu erlangen versucht. Das australische Gesetz bringt also mit aller wünschenswerten Deutlichkeit zum Ausdruck, dass es nur solche Geschenke und Provisionen im Auge hat, die heimlich, hinter dem Rücken des Prinzipals und ohne sein Vorwissen gewährt werden; auch spricht es geradezu davon, dass der Angestellte durch solche Geschenke dazu veranlasst werde, „to do or to leave undone something contrary his duty“. Es handelt sich also in beiden Gesetzen nicht um harmlose Trinkgelder und Gelegenheitsgeschenke, sondern um Gelder und Provisionen, die gegeben werden, um den Angestellten zu einer Pflichtverletzung seinem Prinzipal gegenüber zu verleiten (ihn zu „bestechen“). — Im übrigen stimmen beide Gesetze fast wörtlich überein, auch die Strafdrohungen sind die gleichen, und nur wenige Besonderheiten des australischen Gesetzes sind noch zu erwähnen. Als solche sei insbesondere der Art. 6 desselben angeführt, der das „Selbstkontrahieren“ des Angestellten mit Strafe bedroht. Danach soll ein Angestellter bestraft werden, der ohne Vorwissen des Prinzipals Geschäfte mit sich selbst oder mit einer Firma oder Gesellschaft abschliesst, an der er als Direktor, Teilhaber oder Aktionär etc. beteiligt ist. (Vergl. dazu H.G.B. §§ 60, 112 und 236.) Auch Art. 7 des australischen Gesetzes ist von Interesse: derselbe bestimmt, dass heimliche Provisionen und Geschenke vom Prinzipal im Wege des Civilprozesses herausverlangt werden können und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Angestellte im Strafverfahren verurteilt oder freigesprochen wurde. Schliesslich ist noch zu bemerken, dass das australische Gesetz auch eine Bestrafung juristischer Personen und Gesellschaften kennt,[1]) wenn dieselben durch ihre Organe die Angestellten anderer Firmen bestechen lassen. In solchen Fällen tritt dann Geldstrafe bis zu 1000 Pfund Sterling ein.[2])[3])

Nachdem wir nun das englische und australische Gesetz betrachtet und gesehen haben, dass man in diesen beiden Ländern dem Schmiergelderunwesen mit sehr energischen Strafen zu Leibe rückt, soll jetzt untersucht werden, ob es nicht nach geltendem deutschen Recht Mittel

---

[1]) Art. 3 „agent includes any corporation, firm or person...“

[2]) Art. 4, 5 und 6 „Penalty: In the case of a corporation, One thousand pounds“.

[3]) Über die Zulässigkeit eines strafrechtlichen Verfahrens gegen juristische Personen nach englischem Recht siehe Schuster in der Strafgesetzgebung der Gegenwart I, Seite 626 oben unter III.

und Wege gibt, durch welche sich eine erfolgreiche Bekämpfung der Angestelltenbestechung ermöglichen lässt. Sollte sich dabei herausstellen, dass dies überhaupt nicht der Fall ist oder doch dass die vorhandenen Vorschriften und Bestimmungen nicht vollständig ausreichen, so wird es unsere Aufgabe sein, zu prüfen, ob ein dem englisch-australischen Gesetz nachgebildetes Spezialgesetz für Deutschland wünschenswert erscheint oder nicht. Letzteren Falls wären sodann anderweitige geeignete Vorschläge de lege ferenda zu machen.

I. Hauptteil.

Das geltende Recht.

A. Das bürgerliche Recht und Handelsrecht.

§ 3. Die Bestimmungen des B.G.B. über den Dienstvertrag (§ 611 ff.).

Wie schon oben angedeutet, versuchen sich natürlich die Lieferanten in erster Linie den einflussreichen und massgebenden Persönlichkeiten zu nähern; es werden daher besonders oft kaufmännischen Angestellten in „leitender Stellung", namentlich sog. „Abteilungschefs", Verwaltern, Direktoren etc., Provisionen und Gratifikationen angeboten werden; jedoch kommt es auch häufig vor, dass nichtkaufmännische Angestellte in ganz untergeordneter Stellung „geschmiert" werden, sofern sie nur irgendwelchen Einfluss auf die Bestellungen auszuüben vermögen. So erhalten z. B. vielfach die in Fabriken angestellten Maschinisten und Heizer Provisionen von Maschinenölraffinerien, damit sie ihrem Prinzipal die Fette und Öle einer gewissen Firma als besonders gut zum Einkauf empfehlen.[1]) In der gleichen Absicht pflegen ferner z. B. die Firmen der Ledertreibriemenbranche ganz regelmässig die Monteure von Lokomobilen und Dampfkesseln sehr freigebig zu honorieren.

[1]) An dieser Stelle sei auf eine Parallele aus den allerkleinsten Verhältnissen hingewiesen, nämlich auf die Zuwendungen, welche den „Dienstboten" gemacht werden, z. B. ein Kaufmann gibt dem Diener, welcher die gewöhnlichen Einkäufe für den Haushalt seiner Herrschaft zu besorgen hat, ab und zu ein paar Zigarren, um ihn warm zu halten. Oder die Köchin erhält vom Metzger oder Bäcker ein Neujahrsgeschenk. — Es handelt sich hier im kleinen um dieselbe Sache, wie bei den von uns besprochenen Gewerbebetrieben im großen. Die Geschäftsleute suchen sich eben aus leicht begreiflichen Gründen mit den Dienstboten gut zu stellen. Siehe darüber auch unten S. 40.

Für die privatrechtliche Untersuchung ist also zu unterscheiden zwischen gewöhnlichen Angestellten, deren Dienstverhältnis sich nach dem B.G.B. bezw. nach den Gesindeordnungen regelt, und kaufmännischen Angestellten, für welche die besonderen Vorschriften des H.G.B. gelten.

Betrachten wir einmal zunächst die Bestimmungen des B.G.B., so ist — abgesehen von der Möglichkeit, solche Geschenke nach B.G.B. § 675, § 667 herauszuverlangen — das einzige Mittel, welches dem Dienstherrn gegen untreue und unzuverlässige Angestellte zu Gebot steht, die Kündigung des Dienstvertrags. B.G.B. § 626 gewährt nämlich dem Dienstherrn (wie umgekehrt auch dem Dienstboten) die Möglichkeit der Kündigung, wenn ein „wichtiger Grund" vorliegt. Der Begriff des wichtigen Grunds ist freilich im Gesetz nicht näher bestimmt.[1]) Bei den Beratungen der II. Kommission war zwar vorgeschlagen, den Begriff durch Anführung von Beispielen zu ergänzen, insbesondere Vertrauensbruch, erhebliche Schädigung des andern Teils etc. als wichtige Gründe zu bezeichnen (verg. P. II. S. 2291). Dieser Antrag wurde aber wieder zurückgezogen, weil die Aufführung von Beispielen zur Verdunklung führen könne. Hiernach ist also dem Richter freie Hand gelassen, so dass er im einzelnen Fall unter Würdigung aller Umstände entscheiden kann.[2])

Es kann nun nicht zweifelhaft sein, dass der Richter auf Grund solcher Würdigung in der weitaus grössten Zahl der Fälle, in denen ein Angestellter nachgewiesenermassen „Schmiergelder" bezogen hat, das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung bejahen wird.[3]) Er wird dabei von der Erwägung ausgehen, dass bei den nahen persönlichen Beziehungen, welche bei solchen Dienstverhältnissen regelmässig obwalten, dem Dienstherrn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, wenn er gerechten Grund zum Misstrauen hat. Dass aber das Vertrauen des Dienstherrn zu seinem Angestellten schwer erschüttert wird, sobald er erfährt, dass derselbe hinter seinem Rücken von Lieferanten Provisionen bezieht oder in anderer Weise sich

---

[1]) Im Gegensatz z. B. zur Württ. Gesindeordnung vom 28. Juli 1899 Art. 21 Ziffer 4.

[2]) Vergl. Planck, Kommentar zu § 626.

[3]) Vergl. dazu R.O.H. XIII, S. 184/185, den Direktor einer Zuckerfabrik-A.-G. betreffend, der sich bei der Bestellung von Syrup-Bassins von dem Lieferanten eine Provision von 50 Talern zahlen liess.

schmieren lasst, erscheint wohl selbstverständlich; die Befürchtung liegt eben nur zu nahe, dass ein solcher Angestellter die Interessen seines Herrn nicht in der gewünschten Weise vertrete, vielmehr in erster Linie auf seinen eigenen Nutzen bedacht sei.

Es wird hiernach dem Dienstherrn allerdings die Möglichkeit gegeben sein, einen Angestellten in solchen Fällen ohne Einhaltung seiner Kündigungsfrist zu entlassen; wir sehen also, dass das bürgerliche Recht den Dienstherrn keineswegs ganz schutzlos lässt. Nur wird sich freilich fragen, ob ihm dieser Schutz genügt. Es ist ja nicht zu verkennen, dass die Kündigung einen Angestellten oft sehr hart treffen kann und daher die Furcht vor dem Verlust der Stelle wohl manchen davon abhalten wird, heimliche Provisionen anzunehmen; auch kann es wohl abschreckend auf einen neuen Angestellten wirken, wenn er erfährt, dass sein Vorgänger vom Dienstherrn wegen „Bestechlichkeit" entlassen wurde; aber es erscheint doch gegenüber derartigen Handlungen, wie noch unten des näheren zu zeigen sein wird, ein wirksamerer Schutz am Platz, und ein solcher kann wohl nur in einer energischen Strafdrohung bestehen.

§ 4. Die Bestimmungen des H.G.B. bezüglich des Handlungsgehilfen.

Ganz ähnlich wie im B.G.B., nur noch klarer, ist die Rechtslage nach dem H.G.B. für den Handlungsgehilfen. Nach H.G.B. § 70 kann das Dienstverhältnis des Handlungsgehilfen von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein „wichtiger Grund" vorliegt. Der Begriff des wichtigen Grundes ist nun hier (im Gegensatz zum B.G.B.) näher präzisiert und zwar im § 71 für den Gehilfen, in § 72 für den Prinzipal. Nach § 72 Ziffer 1 ist als wichtiger Grund, der den Prinzipal zur sofortigen Kündigung berechtigt, namentlich anzusehen, wenn der Handlungsgehilfe

a) im Dienst untreu ist oder
b) das Vertrauen missbraucht.

Beides trifft aber zu, wenn der Handlungsgehilfe hinter dem Rücken seines Prinzipals von Lieferanten oder Produzenten Schmiergelder bezieht. Fürs erste liegt darin jedenfalls eine „Untreue"; denn Untreue ist hier im weitesten Sinn zu fassen, namentlich nicht etwa gleichbedeutend mit der Untreue nach St.G.B.; die hier gemeinte braucht weder strafbar zu sein, noch den Prinzipal zu schädigen. Die Erschütterung

des Vertrauens ist das Wesentliche.[1] Sodann aber charakterisiert sich solches Handeln, wie schon oben ausgeführt, als grober Vertrauensmissbrauch. Denn während der Prinzipal sich auf die Gewissenhaftigkeit seines Angestellten verlassen zu können glaubt und ihm vielleicht wichtige Entscheidungen überlässt,[2] steht dieser hinter dem Rücken seines Herrn auch mit der Gegenpartei in Verbindung und hintergeht auf diese Weise seinen nichtsahnenden Prinzipal aufs schwerste.

Es wird daher in dem Annehmen von Schmiergeldern seitens eines Handlungsgehilfen regelmässig ein wichtiger Grund zu sehen sein, der den Prinzipal zur sofortigen Kündigung berechtigt, sofern nicht in der betreffenden Branche ein solcher Usus geradezu gebilligt ist.[3])

§ 5. Schadenersatzansprüche. Verstoss gegen die guten Sitten.

In den beiden vorhergehenden Paragraphen haben wir die gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich des Dienstverhältnisses der Angestellten einer Betrachtung unterzogen und dabei die wichtige Massregel der Kündigung besprochen. Es bleiben noch die sonstigen Rechtsfolgen zu erwähnen, die ein solches Handeln nach sich ziehen kann. Zunächst ist hier auf B.G.B § 826 hinzuweisen; danach kann ein Angestellter, der seinem Dienstherrn in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, von demselben auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommen werden. Wenn also z. B. ein Abteilungschef von einem Lieferanten bestochen ist und nun von demselben ganz minderwertige Ware einkauft, die vielleicht kaum 50 % des Kaufpreises wert ist, so liegt darin natürlich ein grober Verstoss gegen die guten Sitten, der Prinzipal kann daher gemäss § 826 von dem Angestellten (auch von dem Lieferanten ??) Ersatz des ihm dadurch entstehenden Schadens verlangen. — Zweifelhafter erscheint die Frage, ob nicht unter Umständen ein solches Geschäft nach B.G.B. §§ 138, 139 überhaupt nichtig

---

[1]) So: Staub, Kommentar Anm. 2 zu § 72. Zustimmend O.L.G. Kassel in G. Z. 42 Seite 517 und Bolze 13 No. 391.

[2]) Man denke z. B. an den Fall, dass einem Handlungsgehilfen die Untersuchung und Abnahme einer gelieferten Ware übertragen ist und er nun infolge der Bestechung die Ware nicht gewissenhaft prüft, vielmehr trotz verschiedener Mängel ein Auge zudrückt und die mangelhafte Ware genehmigt. (Vergl. hierzu den Artikel über „Schmiergelderunwesen" in der No. 5 des „Rationellen Landwirt", Kaiserslautern, 10. Mai 1908.)

[3]) Vergl. Staub, Anm. 33 zu § 59 (neueste 8. Auflage, Anm. 46).

ist,[1]) und der Prinzipal den von seinem Angestellten gezahlten Kaufpreis zurückfordern kann. Ein näheres Eingehen auf diese civilrechtlichen Fragen würde uns jedoch hier zu weit führen und ausserhalb des Rahmens unserer Abhandlung fallen; wir wollen uns daher mit dem kurzen Hinweis auf diese Fragen begnügen und zur Betrachtung des uns hier allein interessierenden Strafrechts übergehen.

B. Das geltende Strafrecht.

§ 6. Allgemeines.

Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich kennt ein besonderes Delikt der „Bestechung" [2]) von Privatangestellten nicht; die §§ 331 ff. behandeln nur die „Bestechung" von „Beamten". Unter „Beamten" sind aber nach § 359 St.G.B. zu verstehen „alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, in gleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte". Privatbeamte sind also jedenfalls keine Beamten im Sinne des St.B.Bs. Eine analoge Anwendung der §§ 331 ff. auch auf Privatbeamte, Handlungsgehilfen und dergleichen ist aber durch St.G.B. § 2 schlechthin ausgeschlossen. Übrigens würde auch, wie noch unten des näheren auszuführen sein wird, die ratio legis dieser Bestimmungen auf das hier in Rede stehende Verhalten gar nicht zutreffen. — Es ist also die „Bestechung" von Privatangestellten im St.G.B. jedenfalls nicht ausdrücklich geregelt. Das Schweigen des Gesetzes mag auffallend erscheinen. Will es wirklich dieses unehrliche und den Prinzipal schwer schädigende Treiben straflos lassen? Oder ist am Ende das Schweigen des Gesetzes nur scheinbar und einfach daraus zu erklären, dass das fragliche Verhalten sich unter andere strafbare Tatbestände subsumieren lässt, eine besondere Strafdrohung

---

[1]) Vergl. z. B. die Entscheidung des Königl. sächsichen O.L.G. Dresden vom 13. Mai 1902 bei Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. V, S. 109. — Ausführlicher wiedergegeben im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert, Bd. XII, S. 750/751.

[2]) Der Ausdruck „Bestechung" wird vorläufig im weitesten Sinn gebraucht: über die Terminologie siehe S. 36/37.

mithin überflüssig erscheint? — So könnte man vielleicht zunächst den § 246 St.G.B. heranziehen und eine Unterschlagung darin erblicken wollen, dass der Angestellte die erhaltenen Geschenke „Dreingaben" und Provisionen für sich behält und nicht an seinen Prinzipal abliefert, obwohl er nach B.G.B. § 667 in Verbindung mit § 675 verpflichtet wäre, dem Dienstherrn alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben.[1]) Man würde also diese Geschenke, trotzdem sie nach Civilrecht zweifellos ins Eigentum des Angestellten übergegangen sind, als ihm „fremde" Sachen im Sinne des § 246 betrachten, weil sie „wirtschaftlich" schon zum Vermögen des Prinzipals gehören. Eine solche Konstruktion eines „strafrechtlichen" Eigentums wäre auch nach der Rechtsprechung des ehemaligen preussischen Obertribunals durchaus zulässig gewesen; allein sie ist mit dem klaren Wortlaut des § 246 nicht vereinbar. Vielmehr ist mit der konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts und mit der herrschenden Meinung in der Literatur streng daran festzuhalten, dass über die Frage der Zugehörigkeit zum Vermögen lediglich civilistische Gesichtspunkte entscheiden. Es können daher die dem Angestellten von Lieferanten gemachten Geschenke unter keinen Umständen als fremde Sachen im Sinne des § 246 angesehen werden und damit entfällt die Möglichkeit, den Angestellten wegen Unterschlagung zur Verantwortung zu ziehen.[2])

Wenn aber auch hieran der Gesichtspunkt der Unterschlagung scheitert, so bleibt doch noch die Frage offen: Liegt in einem solchen Verhalten des Angestellten nicht etwa eine Untreue im Sinne des § 266

---

[1]) Siehe dazu Staub, Kommentar § 59 Anm. 33 (vergl. noch Anm. 46 der neuesten (8.) Auflage des Staubschen Kommentars, worin dieser Standpunkt ausdrücklich aufrecht erhalten ist): .... jedenfalls ist der Prinzipal berechtigt, die Herausgabe (solcher heimlichen Provisionen) zu verlangen. Wie dies früher auf Grund der §§ 62, 63, I, 13. A.L.R. angenommen wurde, so ist es jetzt auf Grund der §§ 675, 667 B.G.B. anzunehmen. (Vergl. auch Art. 7 des australischen Gesetzes: „Principal may recover amount of secret gift".) A. A. wohl Planck, Kommentar in Ziffer 2 zu § 667 B.G.B., der zwar anerkennt, dass der Beauftragte Geschenke und Extraprovisionen, welche er wegen des Abschlusses aufgetragener Geschäfte von einem Dritten erhalten hat, herauszugeben habe (P. II., S. 2303), dagegen aber betont, dass der Auftraggeber keinen Anspruch auf dasjenige habe, was dem Beauftragten anlässlich der Geschäftsbesorgung als persönliches Geschenk zugewendet worden ist.

[2]) Die Frage des sog. „strafrechtlichen Eigentums" hat eine ausserordentlich reiche Literatur gezeitigt; hier sei nur verwiesen auf Kronecker in Goltdammers Archiv XXXIV, S. 402 ff.

St.G.B. oder ist vielleicht unter Umständen der Tatbestand des Betrugs (§ 263) gegeben? — Die Beantwortung dieser Frage soll im folgenden versucht werden.

§ 7. Die Untreue des § 266 St.G.Bs.

§ 266 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches lautet: „Wegen Untreue werden mit Gefängins, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:

1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
2. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen;
3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligten, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnisstrafe auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden."

Nach Ziffer 1 und 3 ist also die Möglichkeit der Täterschaft beschränkt und ohne weiteres ersichtlich, dass Angestellte in kaufmännischen und industriellen Betrieben nicht unter die ausdrücklich aufgezählten Personenklassen fallen. Auch unter die clausula generalis der Ziffer 3 kann man sie nicht unterbringen, weil sie eben nicht zu den sog. „öffentlichen Funktionären" gehören. Wohl aber dürfte für sie häufig der Tatbestand der Ziffer 2 zutreffen. — Die Entstehungsgeschichte der Ziffer 2 ist bekannt. Der erste Entwurf zum deutschen Reichsstrafgesetzbuch hatte im Anschluss an das preussische Recht nur die Untreue von mit öffentlichem Vertrauen ausgerüsteten Personen vorgesehen, jedoch wurde in der Bundeskommission auf den Antrag von Schwarzes nach dem (übrigens nicht unverändert gebliebenen) Muster des Art. 287 II der sächsischen Strafgesetzbücher die Untreue von Bevollmächtigten

hinzugefügt. Es hatte sich als unabweisbares Bedürfnis herausgestellt, neben den Fällen von Untreue der „öffentlichen Funktionäre" noch die Untreue von Privatbevollmächtigten aufzunehmen. — Danach können also jetzt Bevollmächtigte aller Art (insbesondere auch die hier in Betracht kommenden kaufmännischen Angestellten, welche ja ganz regelmässig Vollmacht besitzen werden) Untreue im Sinne des § 266 St.G.B. begehen, und so möchte man vielleicht prima facie geneigt sein, anzunehmen, dass § 266 Ziffer 2 vollkommen ausreiche und allen Bedürfnissen nach Strafschutz in der von uns angedeuteten Richtung hinreichend Rechnung trage. Allein es darf nicht übersehen werden, dass in Ziffer 2 die benachteiligende Handlung wesentlich spezieller bezeichnet ist, als in den Ziffern 1 und 3. Untreue im Sinne der Ziffer 2 liegt nämlich nur vor, wenn der Bevollmächtigte über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügt. Es ist also dadurch der Tatbestand der Untreue wieder erheblich eingeengt. Nichterwerb eines Vermögensstücks für den Auftraggeber ist demnach nicht als strafbare Untreue im Sinne des § 266 Ziffer 2 anzusehen; ebensowenig kann in der Belastung des Vermögens des Auftraggebers mit Schuldverbindlichkeiten Untreue gefunden werden. Denn wenn auch hierin eine indirekte Verfügung über das Vermögen des Auftraggebers liegen sollte, so kann man in diesem Fall, wie Olshausen mit Recht bemerkt, doch nicht von einer Verfügung über ein „Vermögensstück" reden.[1]) Die Belastung des Vermögens des Auftraggebers mit Schuldverbindlichkeiten ist aber gerade der Hauptfall, der uns hier interessiert; gerade das kommt ja praktisch so überaus häufig vor, dass ein Angestellter, durch Geschenke bestochen, bei einer minderwertigen Firma grosse Bestellungen für das Geschäft seines Prinzipals macht und dadurch zum Nachteil des Prinzipals dessen Vermögen mit Schuldverbindlichkeiten belastet. Ein „zum Nachteil Handeln" im Sinne der Ziffer 1 oder ein „Benachteiligen" des Prinzipals gemäss Ziffer 3 könnte in solchem Handeln sehr wohl erblickt werden, falls die Qualität der Ware ausser Verhältnis zu dem dafür vereinbarten Preis steht; aber ein „Verfügen über Forderungen oder andere Vermögensstücke", wie es der Tatbestand der Ziffer 2 verlangt, liegt hier nicht vor. Dagegen würde § 266 Ziffer 2 allerdings z. B. zutreffen, wenn

---

[1]) Ebenso Frank zu § 266 und E. X, 72. A. A. allerdings Binding, der aber mit Rücksicht auf den Wortlaut wohl kaum Recht haben dürfte.

ein Angestellter schlechte Ware zu hohem Preis einkauft und mit Geld des Prinzipals bezahlt; denn dann würde er über das Geld (also über Vermögensstücke) des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügen; macht er aber nur Bestellungen und Einkäufe für Rechnung des Prinzipals, so trifft er damit keine Verfügung im Sinne des § 266 Ziffer 2; er kann daher in der weitaus grössten Zahl der Fälle nicht wegen Untreue zur Verantwortung gezogen werden. — Insbesondere ist § 266 Ziffer 2 dann völlig unanwendbar, wenn die Tätigkeit des bestochenen Angestellten lediglich darin besteht, dass er seinem Prinzipal wider besseres Wissen die Ware der bestechenden Firma anempfiehlt und ihm zu einem ungünstigen Einkauf rät. Es mag diese verschiedene Behandlung vielleicht auffallend und unzweckmässig erscheinen, wir stehen auch nicht an zu erklären, dass wir sie für durchaus ungerechtfertigt halten; allein de lege lata ist diese Unterscheidung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes leider unvermeidlich. So herrscht auch in Literatur und Praxis vollkommenes Einverständnis darüber, dass zwar die Untreuehandlung in § 266 Ziffer 1 und 3 trotz der Verschiedenheit des Ausdrucks die gleiche sei, nämlich ein positives Tun oder Unterlassen, das als Erfolg einen Nachteil herbeigeführt habe; dass dagegen als Verfügen im Sinn der Ziffer 2 nur die durch positives Tun oder Unterlassen erfolgte Herbeiführung einer Veränderung im Verhältnis des Auftraggebers zu dem betreffenden „Vermögensstück“ anzusehen sei.[1])

Wir sehen also, dass der Gesichtspunkt der Untreue wohl manchmal für solche Bestechungen zutreffen kann, in den meisten Fällen aber versagt. Man könnte diese Gesetzeslücke vielleicht noch hinnehmen, allein viel schlimmer wird die Sache, wenn die Angestellten, durch Provisionen gefügig gemacht, auch noch zum Mittel der Täuschung greifen; das führt uns auf die Frage des Betruges.

§ 8. **Betrug im Sinne des § 263 St.G.Bs.?**

In Nr. 50, Jahrgang 1905 der „Zeitschrift des Vereins deutscher Ingenieure“ war eine Erklärung eines Werkmeisters zu lesen, welcher angibt, es seien ihm 50 Mark geboten worden, wenn er nicht mehr mit Pressluftwerkzeugen der Firma Pokorny & Wittekind arbeiten lasse.

---

[1]) Siehe Freudenthal in der Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. VIII, S. 110.

Er fährt dann fort: „Ich bestätige ferner, dass Herr O. mich später mündlich aufgefordert hat, in den Mechanismus der von der Firma Pokorny & Wittekind gelieferten Werkzeuge Feilspäne hineinzubringen, um diese Apparate zu zerstören und meiner Firma auf diese Weise die Unbrauchbarkeit derselben glaubhaft zu machen. Ich gebe diese Versicherung an Eidesstatt. . . ." (Folgt die beglaubigte Unterschrift).[1]) Man sieht daraus zur Genüge, mit welch' gemeinen Mitteln gegenwärtig von manchen Firmen gearbeitet wird. Übrigens sind solche und ähnliche Intriguen nicht einmal selten. Zum Beleg hierfür sei noch folgendes dem „Freien Wort" entnommene Beispiel wiedergegeben:[2]) „Eine chemische Fabrik erfindet eine neue ihr ausgezeichnet scheinende Farbe zum Färben einer bestimmten Tuchsorte. Einer Färberei, welche grossen Bedarf in derartigen Farben hat, wird eine Mustersendung gemacht. Da der Meister der Färberei von dem Konkurrenten der liefernden Firma bestochen ist, erklärt er die neue Farbe für total unbrauchbar. Die Firma beruhigt sich nicht mit dieser Entscheidung, sendet vielmehr einen Chemiker in die Färberei, um sich von dem Resultate selbst zu überzeugen. In seiner Not wendet sich der bestochene Meister an die chemische Fabrik, welche er protegiert, und erhält den Rat, dem Tuche einen bestimmten Stoff zuzusetzen, der die neue Farbe zerstören soll. Der Streich gelingt, und der Chemiker überzeugt sich von der Wertlosigkeit der neuen Erfindung."

Man wende diesen Fällen gegenüber nicht ein, dass solches Handeln sich eben als Sachbeschädigung charakterisiere, mithin ein Bedürfnis nach besonderem Strafschutz gar nicht bestehe; denn mit einer blossen Bestrafung wegen Sachbeschädigung wird man solch' raffinierten Täuschungen nicht gerecht, zumal ja auch der Sachschaden verhältnismässig geringfügig sein wird gegenüber den grossen Vermögensnachteilen, welche solches Handeln im Gefolge haben kann. Übrigens sind natürlich die Fälle viel häufiger, in welchen der Angestellte seinen Prinzipal lediglich durch unwahre Angaben über die Güte einer Ware in Irrtum versetzt, ohne dass dabei eine Sachbeschädigung mit unterläuft. Oft wird ja der Prinzipal eine Ware gar nicht selbst untersuchen, sondern einen Ange-

---

[1]) Vergl. auch das „Freie Wort" 1906, 2. Januarheft S. 823 und 1907, 2. Aprilheft S. 55.

[2]) Das „Freie Wort" in seinem Kampf gegen die Bestechung von Angestellten in Handel und Industrie. Frankfurt 1905, Seite 7 und 8.

ein Angestellter schlechte Ware zu hohem Preis einkauft und mit Geld des Prinzipals bezahlt; denn dann würde er über das Geld (also über Vermögensstücke) des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügen; macht er aber nur Bestellungen und Einkäufe für Rechnung des Prinzipals, so trifft er damit keine Verfügung im Sinne des § 266 Ziffer 2; er kann daher in der weitaus grössten Zahl der Fälle nicht wegen Untreue zur Verantwortung gezogen werden. — Insbesondere ist § 266 Ziffer 2 dann völlig unanwendbar, wenn die Tätigkeit des bestochenen Angestellten lediglich darin besteht, dass er seinem Prinzipal wider besseres Wissen die Ware der bestechenden Firma anempfiehlt und ihm zu einem ungünstigen Einkauf rät. Es mag diese verschiedene Behandlung vielleicht auffallend und unzweckmässig erscheinen, wir stehen auch nicht an zu erklären, dass wir sie für durchaus ungerechtfertigt halten; allein de lege lata ist diese Unterscheidung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes leider unvermeidlich. So herrscht auch in Literatur und Praxis vollkommenes Einverständnis darüber, dass zwar die Untreuehandlung in § 266 Ziffer 1 und 3 trotz der Verschiedenheit des Ausdrucks die gleiche sei, nämlich ein positives Tun oder Unterlassen, das als Erfolg einen Nachteil herbeigeführt habe; dass dagegen als Verfügen im Sinn der Ziffer 2 nur die durch positives Tun oder Unterlassen erfolgte Herbeiführung einer Veränderung im Verhältnis des Auftraggebers zu dem betreffenden „Vermögensstück" anzusehen sei.[1])

Wir sehen also, dass der Gesichtspunkt der Untreue wohl manchmal für solche Bestechungen zutreffen kann, in den meisten Fällen aber versagt. Man könnte diese Gesetzeslücke vielleicht noch hinnehmen, allein viel schlimmer wird die Sache, wenn die Angestellten, durch Provisionen gefügig gemacht, auch noch zum Mittel der Täuschung greifen; das führt uns auf die Frage des Betruges.

§ 8. **Betrug im Sinne des § 263 St.G.Bs.?**

In Nr. 50, Jahrgang 1905 der „Zeitschrift des Vereins deutscher Ingenieure" war eine Erklärung eines Werkmeisters zu lesen, welcher angibt, es seien ihm 50 Mark geboten worden, wenn er nicht mehr mit Pressluftwerkzeugen der Firma Pokorny & Wittekind arbeiten lasse.

---

[1]) Siehe Freudenthal in der Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. VIII, S. 110.

Er fährt dann fort: „Ich bestätige ferner, dass Herr O. mich später mündlich aufgefordert hat, in den Mechanismus der von der Firma Pokorny & Wittekind gelieferten Werkzeuge Feilspäne hineinzubringen, um diese Apparate zu zerstören und meiner Firma auf diese Weise die Unbrauchbarkeit derselben glaubhaft zu machen. Ich gebe diese Versicherung an Eidesstatt....“ (Folgt die beglaubigte Unterschrift).[1]) Man sieht daraus zur Genüge, mit welch' gemeinen Mitteln gegenwärtig von manchen Firmen gearbeitet wird. Übrigens sind solche und ähnliche Intriguen nicht einmal selten. Zum Beleg hierfür sei noch folgendes dem „Freien Wort“ entnommene Beispiel wiedergegeben:[2]) „Eine chemische Fabrik erfindet eine neue ihr ausgezeichnet scheinende Farbe zum Färben einer bestimmten Tuchsorte. Einer Färberei, welche grossen Bedarf in derartigen Farben hat, wird eine Mustersendung gemacht. Da der Meister der Färberei von dem Konkurrenten der liefernden Firma bestochen ist, erklärt er die neue Farbe für total unbrauchbar. Die Firma beruhigt sich nicht mit dieser Entscheidung, sendet vielmehr einen Chemiker in die Färberei, um sich von dem Resultate selbst zu überzeugen. In seiner Not wendet sich der bestochene Meister an die chemische Fabrik, welche er protegiert, und erhält den Rat, dem Tuche einen bestimmten Stoff zuzusetzen, der die neue Farbe zerstören soll. Der Streich gelingt, und der Chemiker überzeugt sich von der Wertlosigkeit der neuen Erfindung.“

Man wende diesen Fällen gegenüber nicht ein, dass solches Handeln sich eben als Sachbeschädigung charakterisiere, mithin ein Bedürfnis nach besonderem Strafschutz gar nicht bestehe; denn mit einer blossen Bestrafung wegen Sachbeschädigung wird man solch' raffinierten Täuschungen nicht gerecht, zumal ja auch der Sachschaden verhältnismässig geringfügig sein wird gegenüber den grossen Vermögensnachteilen, welche solches Handeln im Gefolge haben kann. Übrigens sind natürlich die Fälle viel häufiger, in welchen der Angestellte seinen Prinzipal lediglich durch unwahre Angaben über die Güte einer Ware in Irrtum versetzt, ohne dass dabei eine Sachbeschädigung mit unterläuft. Oft wird ja der Prinzipal eine Ware gar nicht selbst untersuchen, sondern einen Ange-

---

[1]) Vergl. auch das „Freie Wort“ 1906, 2. Januarheft S. 823 und 1907, 2. Aprilheft S. 55.

[2]) Das „Freie Wort“ in seinem Kampf gegen die Bestechung von Angestellten in Handel und Industrie. Frankfurt 1905, Seite 7 und 8.

stellten mit der Prüfung derselben betrauen und sich eben auf den Bericht und die Schilderungen dieses Angestellten verlassen; wenn nun dieser von dem betreffenden Lieferanten bestochen ist, wird er natürlich dessen Ware bei seinem Prinzipal ins hellste Licht zu setzen suchen und unter Umständen auch der Ware Vorzüge andichten, die sie, wie er wohl weiss, gar nicht hat. Er wird also durch Vorspiegelung falscher bezw. Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen seinen Prinzipal in einen Irrtum über die Qualität der Ware versetzen und ihn dadurch zu einer Bestellung veranlassen.

So präzisiert sich für uns die Frage dahin:

Liegt Betrug im Sinne des § 263 St.G.B. vor, wenn ein Angestellter, um sich die von einem Lieferanten in Aussicht gestellte Provision zu verdienen,[1]) seinen Prinzipal über die Qualität einer offerierten Ware täuscht und ihn dadurch zu einem ungünstigen Einkauf veranlasst?

Zwei Schwierigkeiten stellen sich der Anwendung des § 263 entgegen. Einmal wird es nämlich häufig zweifelhaft sein können, ob in solchen Fällen der Prinzipal an seinem Vermögen geschädigt ist, und sodann entsteht die Frage, ob es zum Tatbestand des § 263 genügt, wenn jemand einen andern täuscht und schädigt, um von einem Dritten dafür eine Belohnung zu erhalten, oder ob es nicht vielmehr erforderlich ist, dass der Täter sich den beabsichtigten rechtswidrigen Vermögensvorteil gerade d u r c h die Vermögensbeschädigung verschaffen will.[2])

---

[1]) Die Frage liesse sich freilich unter Umständen durch die Feststellung umgehen, dass der Angestellte die Absicht gehabt habe, einem D r i t t e n (nämlich dem ihn bestechenden Lieferanten) einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Allein erstens fragt es sich doch sehr, ob dies wirklich seine Absicht ist, (man wird doch bedenken müssen, dass dem Angestellten daran nichts liegt, dass der Lieferant bereichert wird, der Angestellte handelt doch eben nur um seiner eigenen Bereicherung willen) und sodann kann es nicht erwünscht erscheinen, Schwierigkeiten in dieser Waise aus dem Weg zu gehen.

[2]) Ein weiteres Hindernis für die Anwendung des § 263 würde entstehen, wenn man geneigt wäre, die versprochene Belohnung nicht als „rechtswidrigen" Vermögensvorteil anzusehen. Die Rechtsprechung erklärt im Anschluss an die Motive einen Vermögensvorteil für rechtswidrig, wenn auf dessen Gewährung kein Rechtsanspruch besteht. Richtiger Ansicht nach aber ist ein Vermögensvorteil nur dann rechtswidrig, wenn er dem Erwerber im Rechtswege entzogen werden kann (so B e l i n g in seiner Lehre vom Verbrechen, S. 176 Anm. 1 und früher auch F r a n k, der aber in der neuesten 5./7. Auflage seines Kommentars in § 253 IV die Definition gibt: „rechtswidrig ist ein Vermögensvorteil dann, wenn er dem Vermögen eines

Was die erste Frage anlangt, so kann freilich darüber kein Zweifel bestehen, dass der Prinzipal an seinem Vermögen geschädigt ist, wenn er durch Täuschung dazu veranlasst wird, minderwertige und schlechte Ware einzukaufen, deren wirklicher Wert erheblich hinter dem dafür gezahlten Kaufpreis zurückbleibt. Wie aber, wenn die gekaufte Ware zwar dem Kaufpreis äquivalent ist, aber der Prinzipal vorteilhafter hätte einkaufen können? Man vergegenwärtige sich z. B. folgenden Fall: Dem Prinzipal wird von der Firma A ein Angebot auf bestimmte Waren zu normalen Preisen gemacht, gleichzeitig geht ihm aber von der leistungsfähigen Firma B ein ganz aussergewöhnlich günstiges Angebot auf dieselbe Ware zu, welches für ihn ungleich vorteilhafter ist, als das der Firma A. Der „Abteilungschef" oder „Betriebsleiter", mit dem sich der Prinzipal vorher bespricht,[1] empfiehlt ihm gleichwohl unter irgend welchen bewusst unrichtigen Vorspiegelungen die Ware der Firma A, weil er mit dieser Firma „in Konnexion steht", während er von der reellen Firma B keinerlei Provisionen oder Gratifikationen zu erwarten hat. Hierdurch getäuscht bestellt der Geschäftsinhaber die Waren von der Firma A und lässt sich das ungemein vorteilhafte Angebot der Firma B entgehen; er erleidet dadurch zwar keine positive Einbusse, wohl aber kommt er um einen vielleicht recht beträchtlichen Gewinn.

Die Frage nun, ob das „lucrum cessans" als Vermögensschaden aufgefasst werden kann, ist in Literatur und Praxis ausserordentlich be-

---

andern im Widerspruch mit den Grundsätzen des Privatrechts entzogen wird"). Nach B.G.B. § 817 S. 2 ist nun allerdings bei den hier in Betracht kommenden Schmiergeldern eine Rückforderung seitens des Bestechenden ausgeschlossen; dagegen ist zu beachten, dass nach B.G.B. §§ 667, 675 und H.G.B. § 61 dem Prinzipal ein Anspruch auf Herausgabe dieser Provisionen etc. zusteht. Man wird daher wohl nicht fehl gehen, wenn man mit Rücksicht darauf die Rechtswidrigkeit solcher Vermögensvorteile bejaht. (Vergl. auch § 335 St.G.B., wonach die Bestechungssumme dem Staat verfällt.) — Nach der Ansicht J e h l e ' s (der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug, S. 70 ff. bes. S. 73) soll in den Fällen des § 817² B.G.B. die condictio nur „aus praktischen Gründen" ausgeschlossen sein, das Recht sei weit davon entfernt, einen solchen Vermögensvorteil zu billigen. Nach dieser Ansicht wäre also die Rechtswidrigkeit der Schmiergelder und heimlichen Provisionen überhaupt ausser Zweifel. — Siehe über die ganze Frage noch näher unten § 9 S. 34/35.

[1]) Wir denken hier an einen grösseren Geschäftsbetrieb, dessen Inhaber vielleicht selbst gar nichts von der betreffenden Ware versteht, z. B. an den Inhaber eines Warenhauses, der sich natürlich bei der Vielseitigkeit solcher Geschäfte nicht selbst in allen Branchen auskennt und daher eben bei Bestellungen im wesentlichen dem Rat seiner Angestellten folgt.

ein Angestellter schlechte Ware zu hohem Preis einkauft und m i t G e l d d e s P r i n z i p a l s bezahlt; denn dann würde er über das Geld (also über Vermögensstücke) des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügen; macht er aber nur Bestellungen und Einkäufe für Rechnung des Prinzipals, so trifft er damit keine Verfügung im Sinne des § 266 Ziffer 2; er kann daher in der weitaus grössten Zahl der Fälle nicht wegen Untreue zur Verantwortung gezogen werden. — Insbesondere ist § 266 Ziffer 2 dann völlig unanwendbar, wenn die Tätigkeit des bestochenen Angestellten lediglich darin besteht, dass er seinem Prinzipal wider besseres Wissen die Ware der bestechenden Firma anempfiehlt und ihm zu einem ungünstigen Einkauf rät. Es mag diese verschiedene Behandlung vielleicht auffallend und unzweckmässig erscheinen, wir stehen auch nicht an zu erklären, dass wir sie für durchaus ungerechtfertigt halten; allein de lege lata ist diese Unterscheidung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes leider unvermeidlich. So herrscht auch in Literatur und Praxis vollkommenes Einverständnis darüber, dass zwar die Untreuehandlung in § 266 Ziffer 1 und 3 trotz der Verschiedenheit des Ausdrucks die gleiche sei, nämlich ein positives Tun oder Unterlassen, das als Erfolg einen Nachteil herbeigeführt habe; dass dagegen als Verfügen im Sinn der Ziffer 2 nur die durch positives Tun oder Unterlassen erfolgte Herbeiführung einer Veränderung im Verhältnis des Auftraggebers zu dem betreffenden „Vermögensstück“ anzusehen sei.[1])

Wir sehen also, dass der Gesichtspunkt der Untreue wohl manchmal für solche Bestechungen zutreffen kann, in den meisten Fällen aber versagt. Man könnte diese Gesetzeslücke vielleicht noch hinnehmen, allein viel schlimmer wird die Sache, wenn die Angestellten, durch Provisionen gefügig gemacht, auch noch zum Mittel der Täuschung greifen; das führt uns auf die Frage des Betruges.

§ 8. Betrug im Sinne des § 263 St.G.Bs.?

In Nr. 50, Jahrgang 1905 der „Zeitschrift des Vereins deutscher I n g e n i e u r e“ war eine Erklärung eines Werkmeisters zu lesen, welcher angibt, es seien ihm 50 Mark geboten worden, wenn er nicht mehr mit Pressluftwerkzeugen der Firma Pokorny & Wittekind arbeiten lasse.

---

[1]) Siehe F r e u d e n t h a l in der Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. VIII, S. 110.

Er fährt dann fort: „Ich bestätige ferner, dass Herr O. mich später mündlich aufgefordert hat, in den Mechanismus der von der Firma Pokorny & Wittekind gelieferten Werkzeuge Feilspäne hineinzubringen, um diese Apparate zu zerstören und meiner Firma auf diese Weise die Unbrauchbarkeit derselben glaubhaft zu machen. Ich gebe diese Versicherung an Eidesstatt...." (Folgt die beglaubigte Unterschrift).[1]) Man sieht daraus zur Genüge, mit welch' gemeinen Mitteln gegenwärtig von manchen Firmen gearbeitet wird. Übrigens sind solche und ähnliche Intriguen nicht einmal selten. Zum Beleg hierfür sei noch folgendes dem „Freien Wort" entnommene Beispiel wiedergegeben:[2]) „Eine chemische Fabrik erfindet eine neue ihr ausgezeichnet scheinende Farbe zum Färben einer bestimmten Tuchsorte. Einer Färberei, welche grossen Bedarf in derartigen Farben hat, wird eine Mustersendung gemacht. Da der Meister der Färberei von dem Konkurrenten der liefernden Firma bestochen ist, erklärt er die neue Farbe für total unbrauchbar. Die Firma beruhigt sich nicht mit dieser Entscheidung, sendet vielmehr einen Chemiker in die Färberei, um sich von dem Resultate selbst zu überzeugen. In seiner Not wendet sich der bestochene Meister an die chemische Fabrik, welche er protegiert, und erhält den Rat, dem Tuche einen bestimmten Stoff zuzusetzen, der die neue Farbe zerstören soll. Der Streich gelingt, und der Chemiker überzeugt sich von der Wertlosigkeit der neuen Erfindung."

Man wende diesen Fällen gegenüber nicht ein, dass solches Handeln sich eben als Sachbeschädigung charakterisiere, mithin ein Bedürfnis nach besonderem Strafschutz gar nicht bestehe; denn mit einer blossen Bestrafung wegen Sachbeschädigung wird man solch' raffinierten Täuschungen nicht gerecht, zumal ja auch der Sachschaden verhältnismässig geringfügig sein wird gegenüber den grossen Vermögensnachteilen, welche solches Handeln im Gefolge haben kann. Übrigens sind natürlich die Fälle viel häufiger, in welchen der Angestellte seinen Prinzipal lediglich durch unwahre Angaben über die Güte einer Ware in Irrtum versetzt, ohne dass dabei eine Sachbeschädigung mit unterläuft. Oft wird ja der Prinzipal eine Ware gar nicht selbst untersuchen, sondern einen Ange-

---

[1]) Vergl. auch das „Freie Wort" 1906, 2. Januarheft S. 823 und 1907, 2. Aprilheft S. 55.

[2]) Das „Freie Wort" in seinem Kampf gegen die Bestechung von Angestellten in Handel und Industrie. Frankfurt 1905, Seite 7 und 8.

stellten mit der Prüfung derselben betrauen und sich eben auf den Bericht und die Schilderungen dieses Angestellten verlassen; wenn nun dieser von dem betreffenden Lieferanten bestochen ist, wird er natürlich dessen Ware bei seinem Prinzipal ins hellste Licht zu setzen suchen und unter Umständen auch der Ware Vorzüge andichten, die sie, wie er wohl weiss, gar nicht hat. Er wird also durch Vorspiegelung falscher bezw. Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen seinen Prinzipal in einen Irrtum über die Qualität der Ware versetzen und ihn dadurch zu einer Bestellung veranlassen.

So präzisiert sich für uns die Frage dahin:

Liegt Betrug im Sinne des § 263 St.G.B. vor, wenn ein Angestellter, um sich die von einem Lieferanten in Aussicht gestellte Provision zu verdienen,[1]) seinen Prinzipal über die Qualität einer offerierten Ware täuscht und ihn dadurch zu einem ungünstigen Einkauf veranlasst?

Zwei Schwierigkeiten stellen sich der Anwendung des § 263 entgegen. Einmal wird es nämlich häufig zweifelhaft sein können, ob in solchen Fällen der Prinzipal an seinem Vermögen geschädigt ist, und sodann entsteht die Frage, ob es zum Tatbestand des § 263 genügt, wenn jemand einen andern täuscht und schädigt, um von einem Dritten dafür eine Belohnung zu erhalten, oder ob es nicht vielmehr erforderlich ist, dass der Täter sich den beabsichtigten rechtswidrigen Vermögensvorteil gerade d u r c h die Vermögensbeschädigung verschaffen will.[2])

---

[1]) Die Frage liesse sich freilich unter Umständen durch die Feststellung umgehen, dass der Angestellte die Absicht gehabt habe, einem D r i t t e n (nämlich dem ihn bestechenden Lieferanten) einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Allein erstens fragt es sich doch sehr, ob dies wirklich seine Absicht ist, (man wird doch bedenken müssen, dass dem Angestellten daran nichts liegt, dass der Lieferant bereichert wird, der Angestellte handelt doch eben nur um seiner eigenen Bereicherung willen) und sodann kann es nicht erwünscht erscheinen, Schwierigkeiten in dieser Waise aus dem Weg zu gehen.

[2]) Ein weiteres Hindernis für die Anwendung des § 263 würde entstehen, wenn man geneigt wäre, die versprochene Belohnung nicht als „rechtswidrigen" Vermögensvorteil anzusehen. Die Rechtsprechung erklärt im Anschluss an die Motive einen Vermögensvorteil für rechtswidrig, wenn auf dessen Gewährung kein Rechtsanspruch besteht. Richtiger Ansicht nach aber ist ein Vermögensvorteil nur dann rechtswidrig, wenn er dem Erwerber im Rechtswege entzogen werden kann (so B e l i n g in seiner Lehre vom Verbrechen, S. 176 Anm. 1 und früher auch F r a n k, der aber in der neuesten 5./7. Auflage seines Kommentars in § 253 IV die Definition gibt: „rechtswidrig ist ein Vermögensvorteil dann, wenn er dem Vermögen eines

Was die erste Frage anlangt, so kann freilich darüber kein Zweifel bestehen, dass der Prinzipal an seinem Vermögen geschädigt ist, wenn er durch Täuschung dazu veranlasst wird, minderwertige und schlechte Ware einzukaufen, deren wirklicher Wert erheblich hinter dem dafür gezahlten Kaufpreis zurückbleibt. Wie aber, wenn die gekaufte Ware zwar dem Kaufpreis äquivalent ist, aber der Prinzipal vorteilhafter hätte einkaufen können? Man vergegenwärtige sich z. B. folgenden Fall: Dem Prinzipal wird von der Firma A ein Angebot auf bestimmte Waren zu normalen Preisen gemacht, gleichzeitig geht ihm aber von der leistungsfähigen Firma B ein ganz aussergewöhnlich günstiges Angebot auf dieselbe Ware zu, welches für ihn ungleich vorteilhafter ist, als das der Firma A. Der „Abteilungschef" oder „Betriebsleiter", mit dem sich der Prinzipal vorher bespricht,[1]) empfiehlt ihm gleichwohl unter irgend welchen bewusst unrichtigen Vorspiegelungen die Ware der Firma A, weil er mit dieser Firma „in Konnexion steht", während er von der reellen Firma B keinerlei Provisionen oder Gratifikationen zu erwarten hat. Hierdurch getäuscht bestellt der Geschäftsinhaber die Waren von der Firma A und lässt sich das ungemein vorteilhafte Angebot der Firma B entgehen; er erleidet dadurch zwar keine positive Einbusse, wohl aber kommt er um einen vielleicht recht beträchtlichen Gewinn.

Die Frage nun, ob das „lucrum cessans" als Vermögensschaden aufgefasst werden kann, ist in Literatur und Praxis ausserordentlich be-

---

andern im Widerspruch mit den Grundsätzen des Privatrechts entzogen wird"). Nach B.G.B. § 817 S. 2 ist nun allerdings bei den hier in Betracht kommenden Schmiergeldern eine Rückforderung seitens des Bestechenden ausgeschlossen; dagegen ist zu beachten, dass nach B.G.B. §§ 667, 675 und H.G.B. § 61 dem Prinzipal ein Anspruch auf Herausgabe dieser Provisionen etc. zusteht. Man wird daher wohl nicht fehl gehen, wenn man mit Rücksicht darauf die Rechtswidrigkeit solcher Vermögensvorteile bejaht. (Vergl. auch § 335 St.G.B., wonach die Bestechungssumme dem Staat verfällt.) – Nach der Ansicht Jehle's (der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug, S. 70 ff. bes. S. 73) soll in den Fällen des § 817² B.G.B. die condictio nur „aus praktischen Gründen" ausgeschlossen sein, das Recht sei weit davon entfernt, einen solchen Vermögensvorteil zu billigen. Nach dieser Ansicht wäre also die Rechtswidrigkeit der Schmiergelder und heimlichen Provisionen überhaupt ausser Zweifel. — Siehe über die ganze Frage noch näher unten § 9 S. 34/35.

[1]) Wir denken hier an einen grösseren Geschäftsbetrieb, dessen Inhaber vielleicht selbst gar nichts von der betreffenden Ware versteht, z. B. an den Inhaber eines Warenhauses, der sich natürlich bei der Vielseitigkeit solcher Geschäfte nicht selbst in allen Branchen auskennt und daher eben bei Bestellungen im wesentlichen dem Rat seiner Angestellten folgt.

stritten.[1]) Die früher herrschende Meinung (ebenso das Reichsgericht in E. VI, 75 und XIII, 8) nahm an, dass ein Gewinn erst dann zum Vermögen gehöre, wenn auf denselben ein rechtlich begründeter Anspruch besteht.[2])[3]) Neuerdings vertreten jedoch Olshausen und v. Liszt unter Berufung auf B.G.B. § 252 die Ansicht, dass das lucrum cessans schon dann einen Vermögensschaden darstelle, wenn der Gewinn mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.[4]) Demgegenüber lehrt Binding (Lehrbuch S. 344), § 252 B.G.B. komme strafrechtlich gar nicht in Betracht, und Frank meint in seinem Kommentar (zu § 263), „es dürfte sich beim § 252 wohl mehr um eine singuläre Bestimmung für das Gebiet der bürgerlichen Schadensersatzberechnung handeln". — Wir möchten uns der Ansicht dieser beiden letzteren Autoren anschliessen und eine Übertragung des § 252 ins Gebiet des Strafrechts für unzulässig halten; die Einbeziehung des lucrum cessans in den Begriff des Vermögensschadens scheint uns gekünstelt und der natürlichen Auffassung nicht entsprechend; sehr bezeichnend, dass das B.G.B. es überhaupt für nötig befunden hat, eine Legalinterpretation zu geben, die doch überflüssig gewesen wäre, wenn schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch das lucrum cessans im Vermögensschaden inbegriffen wäre. — Es dürfte sonach in dem von uns angeführten Beispiele an dem Erfordernis der Vermögensbeschädigung fehlen und deshalb § 263 nicht Anwendung finden.

Wenden wir uns nun der hier hauptsächlich interessierenden zweiten Frage zu, so stossen wir gleichfalls auf eine erhebliche Kontroverse. Die herrschende Meinung, allen voran Merkel und Binding, verlangt zum Tatbestand des Betrugs, dass der erstrebte Vermögensvorteil durch das Mittel der Vermögensbeschädigung erreicht werden soll. So führt Binding[5]) aus, das Wesen aller Vermögensdelikte

---

[1]) Auf diese weitschichtige Kontroverse des näheren einzugehen, kann bei dem eng begrenzten Rahmen unserer Darstellung nicht unsere Aufgabe sein, es sei daher nur kurz referiert.

[2]) So insbesondere Köstlin, Abhandlungen S. 143.

[3]) Vergl. auch Hälschner II, 257: „.... nicht, wenn es sich um blosse Hoffnungen und Aussichten handelt, wohl aber, wenn der Erwerb des künftigen Rechts nur noch vom Willen des Betrogenen abhing".

[4]) Nach E. I, 68; XXIII, 55; XXVI, 227, 239 und R. III, 772 liegt Vermögensbeschädigung vor, wenn der Gewinn nach Massgabe der objektiven Verhältnisse tatsächlich von selbst zugeflossen sein würde.

[5]) Lehrbuch I, Seite 340.

bestehe in der strafbaren „Vermögensumkehrung", an einer Stelle hebe der Betrug den rechtlichen Vermögenszustand auf, um aus der Substanz dieses rechtswidrigen Schadens anderwärts einen rechtswidrigen Nutzen zu schaffen; deshalb liege der Nachdruck bei allen auf der widerrechtlichen Bereicherung. Er fährt fort: „Sofort wird klar, dass es sich um die Grundeigenschaft dieser Delikte und nicht um das unbedeutende Strafbarkeitsmerkmal des gewinnsüchtigen Motivs handelt. Dies würde auch vorliegen, wenn jemand gegen Lohn verbräche; w e r a b e r f ü r L o h n e i n e n a n d e r n t ä u s c h t und schädigt, betrügt nie." — Derselben Ansicht huldigte auch schon M e r k e l, wenn er in H.H. S. 761 sagt: „Nach der gemeinen Auffassung stehen die einzelnen Elemente des Betrugsbegriffs in Zusammenhang. Dass der Gesetzgeber sie ebenfalls in solchem Zusammenhang denke, sind wir so gewiss berechtigt anzunehmen, als wir uns die Arbeit desselben nicht so vorzustellen haben, dass er sich die Elemente zu einem Verbrechensbegriff willkürlich zusammengesucht habe, ohne sich eine Vorstellung davon zu machen, was dabei herauskommen möge, dass er sich also z. B. den Begriff des Betrugs aus einer Schädigung irgend jemands, aus einer davon unabhängigen Bereicherung jemands und aus einer wieder ganz für sich stehenden Irreführung irgend jemands komponiert habe." — Die weitere Ausgestaltung dieses Standpunktes führt dann bei B i n d i n g dazu, dass er Vorsatz und Absicht in § 263 völlig identifiziert, vergl. Lehrbuch I, Seite 364/365: „Die vom Gesetz geforderte Absicht ist gerichtet auf Vollendung des Bereicherungsdelikts und bedeutet nichts anderes wie den Vorsatz desselben. Es wäre eine ganz falsche Auffassung, den Betrug des § 263 als durch die Bereicherungsabsicht qualifzierte Vermögensbeschädigung zu betrachten. Er ist durchaus einheitlich und zwar als Bereicherungsverbrechen gedacht. Daraus ergibt sich für die Schuldseite des Betrugs: sie besteht in dem Vorsatz rechtswidriger Bereicherung mittels Täuschung und nicht aus dem Vorsatz rechtswidriger Schädigung, zu dem eine weitergehende Absicht tritt. Auch sie ist ganz einheitlich und nicht dualistisch....." Eine fernere Konsequenz dieser Auffassung ist es, wenn M e r k e l in seinen Krim. Abhandlungen II, S. 118 verlangt, „dass die Objekte von Nachteil und Gewinn identisch sein müssen". Nicht wesentlich verschieden hiervon fordert B i n d i n g (Lehrbuch I, S. 364), „dass im Vorteil des einen enthalten sei, worum der andere gekommen ist"; er bezeichnet dies Erfordernis als das der „S t o f f g l e i c h h e i t" von Schaden und Nutzen. Auch H ä l s c h n e r sagt

(Lehrbuch II, S. 273/274): „Nicht das genügt zum Betrug, dass der Betrüger einen Vermögensvorteil erlangte, während ein anderer Schaden erlitt, vielmehr kommt es wesentlich darauf an, dass der Vorteil auf der einen dem Nachteil auf der anderen Seite entspricht, indem der dem Vermögen des Beschädigten entzogene Wert in das Vermögen des Betrügers übergeht. Wo diese Einheit und Zusammengehörigkeit des Vorteils des Betrügers und des Nachteils des Beschädigten mangelt, wird überhaupt keine rechtswidrige, strafbare Handlung vorliegen, oder, wenn dies der Fall ist, wird die Tat als ein anderweitiges, von Betrug verschiedenes Delikt erscheinen." In ähnlichem Sinn spricht sich Frank aus, und ebenso entscheidet auch das Reichsgericht in E. V, 277. Wir sehen also, die durchaus herrschende Meinung lehnt in dem von uns zur Erörterung gestellten Fall die Annahme des Betrugs ab, und nur Oppenhoff und Meves vertreten ausdrücklich die andere Ansicht.[1]) So sagt Oppenhoff: „Einer Wechselbeziehung zwischen dem gesuchten Vorteile und der zugefügten Vermögensbeschädigung bedarf es nicht, jener braucht namentlich nicht in der Erlangung dessen zu bestehen, was dem Vermögen des andern entzogen wird. Demgemäss genügt die Absicht, den Lohn zu erlangen, welchen ein Dritter für die Täuschung in Aussicht stellt." [2])

Trotz des fast erdrückenden Übergewichts der herrschenden Meinung glauben wir aber doch, uns de lege lata auf die Seite Oppenhoffs schlagen zu müssen. Zunächst machen wir nämlich die überraschende Wahrnehmung, dass Olshausen, der sonst energisch die herrschende Meinung verficht, bezüglich des § 268 St.G.B. plötzlich seine Ansicht ändert [3]) und auch die Begehung einer Urkundenfälschung gegen Gewährung oder Zusage eines Lohnes unter diesen Paragraphen fallen lässt. Er folgt hierbei dem Reichsgericht,[4]) welches in E XVIII, 145—149 für das Gebiet des § 272 St.G.B. die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, darin findet, dass der Täter das Vergehen

---

[1]) Siehe Meves, Ziffer 13 zu § 263 und Oppenhoff, Ziffer 12 zu § 263.

[2]) Über den Stand der Streitfrage siehe neuerdings besonders Hegler in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. VII, Seite 433 Anm. 1, welcher sich ebenfalls der herrschenden Ansicht anschliesst. Zitiert seien noch E. 17, 266 und 27, 221 f. R. III, 202 f. und Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, 71. Jahrgang 626 f.

[3]) Vergl. Olshausen, Kommentar Ziffer 50 zu § 263 und Ziffer 2 zu § 268.

[4]) Siehe übrigens auch die Entscheidung des Preussischen Obertribunals in Oppenhoffs Rechtsprechung XV, 143.

gegen den § 271 St.G.B. für eine zugesagte oder gewährte Belohnung begeht. Desgleichen hat sich das Reichsgericht für § 349 St.G.B. dahin ausgesprochen, dass dieser Paragraph auch dann Anwendung finde, wenn die Tat aus § 348 durch den Beamten infolge von Bestechung verübt sei.[1]) Das Reichsgericht (und mit ihm Olshausen) glaubt nun freilich, damit in keinen Widerspruch zu dem Urteil in E. V, 277 zu treten; allein unseres Erachtens ist die Inkonsequenz doch offensichtlich. St.G.B. § 263 lautet:

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines andern dadurch beschädigt, dass er....“

St.G.B. § 268 lautet:

„Eine Urkundenfälschung, welche in der Absicht begangen wird, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder...“ (die letztere Alternative interessiert hier nicht).

Der Wortlaut des Gesetzes ist also in beiden Fällen (von dem Wörtchen „rechtswidrig“ in § 263 abgesehen) [2]) genau der gleiche, und trotzdem will man bei der Interpretation einen Unterschied zwischen der „Absicht“ des § 263 und der des § 268 machen. Nach dem Reichsgericht soll diese Verschiedenheit der Auslegung ihren Grund darin haben, dass die „strafrechtliche Natur“ des Betrugs eine Bereicherung auf Kosten des Betrogenen verlange. Diese „strafrechtliche Natur“ ist aber lediglich eine theoretische Abstraktion aus dem Normalfall. Man hat ganz richtig beobachtet: in den weitaus häufigsten Fällen geht der Betrug in der Weise vor sich, dass der Betrüger durch Täuschung und dadurch vermittelte Vermögensdisposition ein Vermögensstück aus dem Vermögen des Getäuschten in sein eigenes überführt. Aus diesem Regelfall konstruierte man dann die „Natur“ des Betrugs als Bereicherung auf Kosten des Betrogenen, und doch fällt es keinem Menschen ein, de lege lata zur Vollendung des Betrugs den Eintritt der Bereicherung des Betrügers

---

[1]) Vergl. R. IX, S. 713.

[2]) Dass in § 263 von einem rechtswidrigen Vermögensvorteil die Rede ist und in § 268 nicht, ist für unsere Frage ohne Bedeutung. Übrigens ist nach der Ansicht Bindings und Franks das Wörtchen rechtswidrig in § 268 einfach zu subintelligieren. Es wäre ja auch gar nicht abzusehen, weshalb es als Strafschärfungsgrund sollte verwertet werden, wenn der Fälscher einen Vermögensvorteil erstrebt, auf den er einen Rechtsanspruch hat.

zu verlangen, einfach deshalb nicht, weil § 263 ein solches Erfordernis nicht aufstellt.[1]) Genau dasselbe gilt für unseren Fall; zwar ist es durchaus die Regel, dass der Betrüger den rechtswidrigen Vermögensvorteil gerade durch den Schaden des Getäuschten erlangen will, allein dieser Normalfall ist nicht Gesetz geworden, die Fassung des § 263 St.G.B. ist vielmehr erheblich weiter. Das hat unseres Erachtens Jehle[2]) überzeugend nachgewiesen, wenn er darauf aufmerksam macht, dass § 263 sonst folgendermassen lauten müsste:

„Wer dadurch, dass er durch Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, das Vermögen eines andern beschädigt, in der Absicht, sich das, um was er den andern beschädigt hat, rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Betrugs gestraft."

Dann würde, wie Jehle richtig bemerkt, der Wortsinn für die Identität der Beschädigung und des Vorteils sprechen, und der Betrugstatbestand ganz analog der Technik des Diebstahls, des Raubs und der Unterschlagung §§ 242, 246, 249 aufgebaut sein. So aber liegt nach geltendem Recht auch nicht der geringste Anlass zu einer derartigen Einschränkung vor. Die Ansicht des Reichsgerichts erscheint uns deshalb nicht als zutreffend, zum mindesten ist sie aber inkonsequent, weil es nicht verständlich erscheint, warum das Gleiche dann nicht auch für die qualifizierte Urkundenfälschung gelten soll, während es doch, wie Binding[3]) sich ausdrückt, „notorisch" ist, dass auch hier in der

---

[1]) Vergl. dazu das Delikt der Erpressung, wo der Regelfall auch so liegt, dass der Täter sich durch den Schaden des Genötigten bereichert, allein trotzdem de lege lata (§ 253 St.G.B.) nicht einmal Vermögensbeschädigung des Genötigten, geschweige denn Bereicherung auf seine Kosten erforderlich ist. So auch die herrschende Meinung. A. A. Merkel.

[2]) Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug, S. 29 ff., besonders S. 31.

[3]) Binding bleibt sich denn auch konsequent und verneint § 268 bei Begehung einer Urkundenfälschung gegen Belohnung. Desgl. bei § 272, § 349. Lehrbuch II S. 265, 267, 292. Siehe auch: Erk. d. bayer. Cassationshof's vom 19. Juni 1875 bei Stenglein V. 137. — Merkel verlangt sogar bei der Erpressung, dass der Vermögensvorteil dem Gegenstand nach mit dem Vermögensnachteil des Bedrohten zusammentreffe, obwohl im § 253 von einer Vermögensbeschädigung überhaupt nicht die Rede ist, s. H. H. III. 733. Vergl. hierzu insbesondere Tischendorf (in Goltdammers Archiv Bd. 54, S. 455 f.), der unter Berufung auf die geschichtliche Entwicklung des Erpressungsbegriffs sowie mit Rücksicht auf die Stellung des Er-

erdrückenden Mehrzahl der Fälle mittels der Fälschung der rechtswidrige Vermögensvorteil angestrebt wird — der sich dann hier genau bestimmt wie beim Betrug.[1]) Demnach müssen wir de lege lata der Ansicht Jehle's beitreten, der sich aber freilich im Irrtum befindet, wenn er das Reichsgericht auf seiner Seite zu haben glaubt; er übersieht offenbar gänzlich E. V, 277 und E. XVIII, 145 ff. [2]) Auch Olshausen kann er nicht für seine Meinung anführen, vielmehr ist Olshausen ja ausdrücklich gegen ihn. Vergl. Olshausen Ziffer 50 zu § 263.

Es macht sich also, unserer Meinung nach, ein Angestellter des Betrugs im Sinne von § 263 St.G.B. schuldig, wenn er, um die ihm von einem Dritten versprochene Provision zu verdienen, seinen Prinzipal über die Beschaffenheit offerierter Waren täuscht und ihn dadurch am Vermögen schädigt. — Dies entspricht doch auch allein der Gerechtigkeit, es wird ja wohl kein Mensch behaupten wollen, dass ein solches Handeln nicht Strafe verdiene. Hat man aber einmal ein Handeln als wirklich strafwürdig erkannt, so ist doch nicht abzusehen, warum man sich dann nicht des geltenden Rechts bedienen und sich den weiten und zweckmässigen Wortlaut des Gesetzes zu Nutze machen soll; die Schranke des § 2 hat man ja hier nicht zu fürchten! Warum sollen wir lediglich theoretischen Auffassungen und Konstruktionen zulieb eine Handlung straflos lassen, die eine Bestrafung geradezu herausfordert

---

pressungsparagraphen im System des St.G.B. zu dem gleichen Ergebnis wie Merkel gelangt, dabei aber bezeichnenderweise zugeben muss, dass dieses Postulat „im § 253 nicht vollkommen klar zum Ausdruck gekommen sei". — Siehe auch Frank § 253 I, der ausdrücklich anerkennt, dass sich die „theoretische Auffassung" der Erpressung von der des positiven Rechts unterscheide.

[1]) Um Missverständnissen zu begegnen, bemerken wir ausdrücklich, dass wir natürlich nicht auf dem veralteten Standpunkt stehen, der die Fälschung als eine Unterart des Betrugs auffasst. Wir wissen die besondere Natur der Fälschungsdelikte wohl zu würdigen.

[2]) Sein Zitat auf Seite 30 in Anm. 2 beruht auf einem Missverständnis. Die in Goltdammers Archiv 38, 202 ff. zitierte Reichsgerichtsentscheidung will durchaus nicht mit E. V. 277 in Widerspruch treten, bezieht sich vielmehr ausdrücklich auf diese Entscheidung. Sie fordert nur keinen unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang zwischen der Bereicherungsabsicht und der Vermögensbeschädigung, lässt es vielmehr genügen, wenn der Täter die Täuschung und die dadurch verursachte Vermögensbeschädigung als die ihm Gewinn bringenden Faktoren in Bewegung setzt. Die unklare Ausdrucksweise konnte allerdings leicht zu obigem Missverständnis Anlass geben, in Wahrheit aber steht das Reichsgericht durchaus auf dem entgegengesetzten Standpunkt.

und überdies durch den klaren Wortlaut des Gesetzes vollkommen gedeckt ist? Der Vorwurf einer Buchstabeninterpretation schreckt uns nicht, haben wir doch das Bewusstsein, damit der Volksanschauung und einem entschiedenen praktischen Bedürfnisse gerecht zu werden..... So die lex lata. — De lege ferenda freilich stellt sich die Sache ganz anders. Hier kann man Binding sehr wohl Recht geben, wenn er (Lehrbuch I, S. 340) sagt: „Träte bei dem Betrug und der ihm nahe verwandten Erpressung heute noch wie nach früherem gemeinem Rechte die Vollendung erst mit Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils ein, so würde die Gleichheit im Aufbau des Tatbestandes bei diesen Verbrechen einerseits, bei Unterschlagung, Diebstahl und Raub andererseits noch schärfer hervorleuchten.“[1]) De lege ferenda mag man also immerhin die Forderung aufstellen, dass der Betrüger sich gerade durch die Schädigung des Getäuschten bereichere, dass eine „Stoffgleichheit“ von Vorteil und Schaden bestehen müsse etc.: das Delikt des Betrugs könnte nur gewinnen, sein Tatbestand würde zweifellos viel einheitlicher und klarer, sein „Wesen“ wäre dann scharf gekennzeichnet. Aber dann müsste man unter allen Umständen die Forderung aufstellen, dass für die Bestrafung von Fällen der von uns aufgezeigten Art anderweitig gesorgt würde; da dies, wie wir gesehen haben, bis jetzt noch nicht geschehen ist, so kann man nur froh darüber sein, dass wir wenigstens in der weiten Fassung des § 263 St.G.B. eine gewisse Handhabe besitzen, um solchen und ähnlichen Fällen beizukommen.

Anhang: Der Vollständigkeit halber sei hier noch erwähnt, dass man in den beiden eingangs dieses Paragraphen erwähnten Fällen das Handeln der Angestellten auch als „Anschwärzung“ fremder Geschäfte auffassen kann (vergl. § 7 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896). Wenn die Angestellten die betreffenden Werkzeuge (chemischen Produkte) absichtlich unbrauchbar machen und dann für minderwertig und schlecht erklären, so stellen sie damit wider besseres Wissen über die Waren der betreffenden Geschäfte unwahre Behauptungen tatsächlicher Art auf, welche geeignet sind, den Betrieb dieser Geschäfte zu schädigen; sie machen sich also nach § 7

---

[1]) Vergl. dazu auch Binding, Lehrbuch II, S. 265: „Der Gegensatz zwischen Vorteil und Schaden würde (in § 268) weitaus am rationellsten gedeutet, wenn man ihn dahin fasste, dass der erste Teil der Alternative den (rechtswidrigen) Vorteil durch fremde Schädigung, der zweite die letztere allein begriffe. Nur dann bestände innerer Zusammenhang zwischen beiden.“

W.B.G. strafbar. Mit einer solchen Bestrafung aus § 7 W.B.G. dürfte jedoch der strafrechtliche Charakter dieser und ähnlicher Handlungen nicht erschöpfend gewürdigt sein, vielmehr würde hiermit offensichtlich nur die eine Seite des verwerflichen Treibens berücksichtigt, nämlich nur die schädigende Wirkung für das Geschäft des Dritten, nicht auch die Benachteiligung des Prinzipals. Und doch verdient die Handlung gerade von letzterem Gesichtspunkte aus eine ganz empfindliche Strafe! Es ist daher behufs richtiger Einschätzung solcher Taten die Heranziehung des Betrugsparagraphen unentbehrlich. Dieselbe hätte dann in der Weise zu erfolgen, dass in den obengenannten Fällen Idealkonkurrenz zwischen Betrug i. S. von § 263 St.G.B. und „Anschwärzung“ i. S. von § 7 W.B.G. angenommen und die Strafe somit aus § 263 als dem strengeren Gesetz verhängt würde.

II. Hauptteil.

Lex ferenda.

A. Das Problem.

§ 9. Die Frage nach der Rechtswidrigkeit.

Im ersten Teil der Arbeit haben wir gesehen, dass das geltende Recht die „Bestechung“[1]) von Privatangestellten nirgends ex professo behandelt, dass sich insbesondere im Strafrecht keinerlei Bestimmung findet, wonach solches Handeln unter Strafe gestellt wäre. Es ist freilich unter gewissen Umständen die Möglichkeit gegeben, mit Strafe einzuschreiten, z. B. dann, wenn ein Angestellter seinen Prinzipal täuscht und schädigt, was, wie wir oben (§ 8) gezeigt haben, unter Umständen als Betrug aufgefasst werden kann; ab und zu kann wohl auch der Tatbestand der Untreue im Sinne von § 266 II verwirklicht sein (s. darüber oben § 7); allein immerhin setzt eben die Anwendung der §§ 263, 266 II St.G.B. ganz bestimmt geartete Fälle voraus, so dass das Schmiergelderunwesen als solches damit nicht getroffen ist. In der grossen Mehrzahl der Fälle können also nach geltendem Recht bestechliche Angestellte und bestechende Lieferanten nicht zur Strafe gezogen werden, und das ist auch der Grund dafür, dass das Bestechungsunwesen immer mehr um sich greift. Angesichts dieses Umstands ist es daher wohl am Platz, die Frage anzuregen, ob es nicht geboten erscheint, gegen dieses immer grössere Dimensionen annehmende Unwesen eine energische Reaktion einzuleiten und damit den Wünschen entgegenzukommen, die neuerdings

---

[1]) Der Ausdruck „Bestechung“ ist auch hier noch ganz allgemein und im weitesten Sinn gebraucht. Über die Terminologie s. Seite 36/37.

in Handelskreisen so vielfach geäussert werden. Wie schon eingangs berichtet, haben ja bereits zahlreiche Handelskammern einer Bestrafung der Angestelltenbestechung das Wort geredet, auch in der Tagespresse wird die Frage lebhaft ventiliert,[1]) vor allem aber hat der Handelstag den Erlass eines Strafgesetzes für dringend wünschenswert erklärt. Der von so gewichtiger Stelle aus geäusserte Wunsch zeigt zur Genüge, wie schwer die Handelswelt unter den gegenwärtigen Missständen leidet und wie sehr man sich allenthalben nach einer Remedur dieser unerquicklichen Zustände sehnt. Es wird daher der Gesetzgeber nicht umhin können, dieser Angelegenheit in Bälde näher zu treten und sich eingehend mit der Frage zu befassen, ob und zutreffendenfalls welche legislative Massnahmen hier zu treffen sind.

Wie schon eingangs erwähnt, hat die Regierung die Frage auch bereits in Erwägung gezogen; jedoch kam man bei der Beratung zu dem Schluss, dass das Schmiergelderunwesen vorläufig für die gesetzgeberische Behandlung „noch nicht reif" sei. Das hat aber seinen Grund wohl in erster Linie darin, dass die Frage in der juristischen Fachliteratur noch gar nicht behandelt ist, und man daher in der Sache noch nicht klar sieht. Sobald sich die Literatur einmal der Sache angenommen hat und die verschiedenen Gesichtspunkte hinreichend geklärt sind, steht einem gesetzgeberischen Eingreifen nichts mehr im Wege. Ohne solche Vorarbeit seitens der Literatur aber ist eine erspriessliche gesetzgeberische Tätigkeit überhaupt undenkbar. Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es daher einesteils sein, die Aufmerksamkeit weiterer Kreise auf die Angelegenheit zu lenken und zu einer möglichst fruchtbaren Diskussion anzuregen, andererseits sollen aber auch einige praktische Vorschläge de lege ferenda gemacht werden.

Zur Klärung der Sachlage muss nun zunächst die Frage untersucht werden, ob das Annehmen von Provisionen seitens eines Angestellten nach heute geltendem Recht überhaupt noch gar nicht „rechtswidrig" ist, ob es sich also um Schaffung eines neuen Verbotsgesetzes handelt oder ob die im Voraufgehenden aufgezeigte Gesetzeslücke bloss etwa in dem Mangel einer Strafdrohung besteht, sodass das in Rede stehende Verhalten zwar heutzutage schon als „rechtswidrig" („unerlaubt") nur eben nicht als strafbar anzusehen ist. — Die blosse Feststellung, dass das deutsche Strafgesetzbuch keine einschlägige Strafdrohung aufweist

---

[1]) Besonders z. B. in der Frankfurter Zeitung.

rechtfertigt nämlich noch nicht ohne weiteres die Annahme, dass solches Verhalten nicht rechtswidrig mithin erlaubt sei; vielmehr wäre es ja leicht denkbar, dass sich die Rechtswidrigkeit des Schmiergelderunwesens aus irgend einem bürgerrechtlichen oder handelsrechtlichen Verbot ergeben würde. Dass ein ausdrückliches Verbot der Bestechung von Angestellten im B.G.B. und H.G.B. nicht besteht, haben wir zwar schon oben gesehen; allein es könnte sich doch immerhin fragen, ob man nicht etwa aus der Tatsache, dass das B.G.B. und H.G.B. dem Prinzipal in solchen Fällen ein Kündigungsrecht gewährt, den Schluss ziehen kann, dass das Recht damit das Schmieren als eine besondere Art der Untreue und des Vertrauensmissbrauches verbieten und untersagen will? Auch könnte ferner etwa in Frage kommen, ob nicht das Handelsverbot des § 60 H.G.B. zugleich ein Verbot der Annahme von Provisionen enthält? — Eine sichere Beantwortung dieser Fragen in bejahendem Sinne wird aber freilich kaum möglich sein, vielmehr wird man unseres Erachtens zu dem Schluss kommen müssen, dass die Frage des Schmiergelderunwesens nach geltendem Recht bislang überhaupt noch keine Regelung gefunden hat, mithin in dieser Richtung weder ein Verbot noch eine ausdrückliche Erlaubnis konstatiert werden kann. — Darüber freilich, dass de lege ferenda ein Verbot des Schmiergelderunwesens dringend wünschenswert erscheint, wird wohl kein Zweifel obwalten können, de lege lata aber wird leider die Angestelltenbestechung nicht als rechtswidrig anzusehen sein.

Eine weitere Frage ist nun die, ob der durch die Bestechung bewirkte Zustand der Bereicherung des Angestellten rechtswidrig ist? — Bei Prüfung dieser Frage ergeben sich zunächst insofern Anstände, als die Möglichkeit rechtswidriger Zustände gar nicht allgemein anerkannt ist; vielmehr wird die Möglichkeit rechtswidriger Zustände z. B. gerade neuerdings von Hold von Ferneck aufs lebhafteste bestritten.[1]) Es wird gelehrt, das ganze Recht bestehe lediglich aus Normen, Rechtswidrigkeit sei eine Eigenschaft nur des menschlichen Verhaltens („Imperativentheorie“). Aber damit setzt sich diese Theorie, wie Beling mit Recht bemerkt, in einen nicht hinwegzuleugnenden Widerstreit gegen das positive Recht. Diesem ist die Bezeichnung eines Zustandes als

[1]) Vergl. Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, insbesondere S. 385 ff.; Radbruch, S. 96. — Dagegen zutreffend Löffler, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft 21, 562: vor allem aber Beling, Die Lehre vom Verbrechen, § 18 Exkurs: „Rechtswidriges Handeln und rechtswidrige Zustände“ u. s. w., S. 170 ff.

rechtswidrig etwas durchaus Geläufiges. So wird in St.G.B. §§ 263, 253 von einem „rechtswidrigen Vermögensvorteil" gesprochen. Keiner Deutungskunst kann es gelingen, hier die Rechtswidrigkeit auf das Gebiet des Handelns hinüberzuschieben! Denn der „rechtswidrige Vermögensvorteil" kann, wie Beling überzeugend nachgewiesen hat,[1]) unmöglich mit dem durch rechtswidriges Handeln erlangten Vermögensvorteil identisch sein. Wenn also das Gesetz ausdrücklich von einem „rechtswidrigen Vermögensvorteil" spricht, so erklärt es eben damit einen Zustand der Bereicherung für rechtswidrig; es ist demnach jedenfalls de lege lata die Möglichkeit rechtswidriger Zustände anzuerkennen, übrigens wäre auch gar nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung nicht Zustände als ihr widerwärtig und antipathisch soll bezeichnen können.

Wir wiederholen also unsere Frage: Ist der Zustand der Bereicherung, die der Angestellte durch die Bestechung erfahren hat, rechtswidrig? — Oder, wie man die Frage auch formulieren kann: Ist die von einem Lieferanten an den Angestellten gezahlte Provision ein „rechtswidriger Vermögensvorteil"? [2]) Die Frage wird praktisch bei einer etwaigen Anwendung des Betrugsparagraphen.[3]) Ist nämlich die in Aussicht stehende Gratifikation nicht als ein rechtswidriger Vermögensvorteil anzusehen, dann fehlt es dem Angestellten, welcher seinen Prinzipal täuscht, an der im § 263 St.G.B. erforderten Absicht, und damit entfällt natürlich die Möglichkeit der Annahme eines Betrugs ohne weiteres. — Woran erkennen wir aber, ob ein solcher Zustand, ein solcher Vermögensvorteil rechtswidrig ist? Dafür gibt es, wie Beling sagt, ein „untrügliches Kriterium"[4]): „gemissbilligt ist er nur dann, wenn irgendwelche rechtliche Handhabe besteht, ihn aufzuheben, wenn er vitiös ist, sodass Ansprüche auf seine Beseitigung, insbesondere Kondiktionen oder polizeiliche Abhilfe oder Selbsthilfe zu seiner Aufhebung gegeben sind".[5])

---

[1]) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 171.

[2]) Nach der herrschenden Lehre ist diese Frage ohne weiteres zu bejahen, da die herrschende Lehre jeden Vermögensvorteil für rechtswidrig erklärt, auf dessen Gewährung kein Rechtsanspruch besteht. Bei der von uns vertretenen Ansicht (s. oben Seite 20/21 Anm.) aber ist die Frage nicht unzweifelhaft.

[3]) Siehe darüber schon oben § 8.

[4]) Siehe Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 175/176.

[5]) Vergl. auch Frank, der diese Ansicht schon früher in seinem Kommentar vertrat. (Dagegen neuerdings Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Er-

Beling fährt fort: „Zustände dagegen, die unwiderruflich sind, also vom Recht geschützt werden, sind auch dann nicht rechtswidrig, wenn ihre Erlangung rechtswidrig war; und es tut dabei nichts zur Sache, aus welchen Gründen der Zustand für definitiv erklärt ist. Steht er rechtlich fest, besteht gar keine rechtliche Handhabe zu seiner Aufhebung, so ist sozusagen tabula rasa gemacht. Nicht als ob die Erlangungshandlung selber mit Ehren zur nicht rechtswidrigen erklärt würde. Wohl aber ist das Resultat frei von „Rechtswidrigkeit". Dem bösgläubigen Spezifikanten kann die durch Spezifikation erworbene Sache nicht genommen werden, er hat unanfechtbares Eigentum an ihr; der jetzige Zustand entspricht also dem Recht, ist kein rechtswidriger."

Wie steht es nun in dieser Beziehung mit unseren „Schmiergeldern"? — B.G.B. § 817 bestimmt: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet", aber er fügt im Satz 2 gleich eine Ausnahme hinzu: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt, etc...." Dass das letztere in unseren Fällen zutrifft, steht ausser Zweifel. Wer wollte es wagen, das Verhalten der bestechenden Firma etwa als „fair" zu bezeichnen? Es ist unbestreitbar, dass dem Lieferanten ein grober Verstoss gegen die guten Sitten [1]) zur Last fällt, er daher gemäss § 817 Satz 2 nicht kondizieren kann. Danach könnte es scheinen, als ob eine solche Bestechungssumme kein „rechtswidriger Vermögensvorteil" im Sinne des Gesetzes wäre; das Gesetz schliesst ja in § 817, 2 die condictio ausdrücklich aus, billigt also den bestehenden Zustand. Allein wenn auch in unserem Fall dem bestechenden Lieferanten kein Kondiktionsanspruch gegen den Angestellten zusteht, so darf man doch nicht übersehen, dass der Prinzipal diese heimlichen Provisionen herausverlangen kann.[2]) Ob aber dieser oder jener die Aufhebung des

---

pressung und Betrug, S. 58–60.) — Die neuere Auffassung Franks, der Vermögensvorteil müsse dem Vermögen des andern „im Widerspruch mit den Grundsätzen des Privatrechts" entzogen sein, unterscheidet sich nach dem eigenen Ausspruch Franks (§ 253 IV) von seiner früheren Definition „mehr der Form als der Sache nach".

[1]) Vergl. hierzu die oben in § 5 angeführte Entscheidung des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts Dresden.

[2]) Siehe darüber Staub, Kommentar, Anm. 33, (46 neueste Auflage) zu § 59 H.G.B.

Bereicherungszustands herbeiführen kann, muss sich doch wohl gleichbleiben; das Recht missbilligt die Bereicherung des Angestellten, und das genügt. — Damit ergibt sich auch eine Parallele zu St.G.B. § 335, welcher bestimmt, dass bei Beamtenbestechungen das Empfangene oder der Wert desselben im Urteil für dem Staate verfallen zu erklären sei. Will man dies nicht als eine rein fiskalische Massregel ansehen, so muss man aus § 335 entnehmen, dass der dem Beamten zugewendete Vorteil rechtswidrig, der Zustand seiner Bereicherung dem Recht antipathisch ist. Der Bestechende aber hat auch hier (vom Fall des § 331 St.G.B. abgesehen) keinen Herausgabeanspruch gegen den bestochenen Beamten, weil er selbst sowohl gegen das Gesetz als gegen die guten Sitten verstiess. — Es erledigt sich also für uns die Polemik Jehle's,[1]) der meint, das Recht schliesse in B.G.B. § 817, 2 die condictio „lediglich aus praktischen Gründen", (weil es nämlich mit solch' schmutzigen Sachen nichts zu tun haben wolle) nicht aber deshalb aus, weil dann der Empfang rechtlich gebilligt sei, von selbst. Übrigens scheint uns auch die Polemik Jehle's, um nur ganz kurz auf sie einzugehen, verfehlt; aus welchen Gründen das Recht einen Zustand billigt, ist einerlei, der Grund vermag an der Tatsache, dass es ihn billigt, nichts zu ändern. Darin zeigt sich ja auch wieder einmal deutlich der Unterschied zwischen Recht und Moral. Das Recht muss unter Umständen einen solchen Vermögensvorteil billigen, weil es auch auf praktische Gesichtspunkte und Gründe Rücksicht zu nehmen hat, der Moral freilich wird er immer unsittlich und verwerflich erscheinen.

Wir kommen also zu dem Schluss, dass zwar die Bestechungssumme einen rechtswidrigen Vermögensvorteil darstellt, dass aber die Bestechungshandlungen de lege lata nicht als rechtswidrig anzusehen sind. Wie schon oben ausgeführt, ist daher unseres Erachtens de lege ferenda ein Verbot der Angestelltenbestechung dringend zu wünschen.

Im folgenden wird nun zu untersuchen sein, ob es angezeigt erscheint, ein solches Verbotsgesetz auch zugleich mit einer Strafdrohung zu versehen oder ob davon besser Abstand genommen werden soll. Diese

---

[1]) Vergl. Jehle, Der rechtsw. V. V. bei Erpressung und Betrug, S. 70 ff., bes. S. 73. Nach Jehle steht das Gesetz eben auf dem Standpunkt: in pari turpitudine potior est possessor. Er formuliert dies dahin: „Bei gesetzwidrigen und unsittlichen Geschäften soll ein Leistungsaustausch unterbleiben; die gesetzwidrige causa ist keine causa im Rechtssinn, welche eine Verschiebung in der Vermögenslage der Kontrahenten rechtfertigt".

kriminalpolitische Frage wird natürlich zum grossen Teil zugleich eine Frage der Gesetzgebungstechnik sein, d. h. es wird vor allen Dingen darauf ankommen, einen Tatbestand zu formulieren, der einerseits möglichst alle Fälle deckt und andererseits sich doch harmonisch in das System unserer Strafgesetze eingliedert. Vor dieser technischen Frage aber ist die Kardinalfrage zu erledigen, ob denn auch wirklich solches Treiben eine Strafe verdient, und es sich überhaupt lohnt, hiergegen mit Strafmitteln einzuschreiten. Mit Recht wird ja neuerdings so vielfach über eine allzu häufige Anwendung der Strafe geklagt [1]) und darauf hingewiesen, dass höchste Ökonomie mit dem staatlichen Strafzwang am Platz sei; es erscheint daher in unserer Zeit doppelt notwendig, vor Erlass eines Strafgesetzes die Strafwürdigkeit der zu pönalisierenden Handlungen eingehend zu prüfen.

§ 10. Die Strafwürdigkeit.

Bei der Untersuchung der Frage, ob die „Bestechung" der Angestellten strafwürdig erscheine, lenkt sich unserer Blick unwillkürlich auf die Strafbestimmungen für die Bestechung von Beamten St.G.B. §§ 331 bis 335. Ganz analog wie dort können wir auch für unsere Fälle unterscheiden:

1. „Pflichtwidrige Geschenkannahme",
2. „Bestechlichkeit",
3. „Bestechung".

Zunächst einige Worte über unsere Terminologie!

Der Fall des § 331 St.G.B. wird von vielen, z. B. von Olshausen, Frank u. a. „passive Bestechung im weiteren Sinn" genannt im Gegensatz zu der „passiven Bestechung im engerem Sinn" (§ 332) und zu der „aktiven Bestechung" des § 333; manche fügen sogar noch das Wörtchen „einfach" bei zum Unterschied gegenüber der Richterbestechung des

---

[1]) So sagt Frank in der Zeitschrift für Strafwissenschaft Bd. 18. S. 737: „Die Strafe ist allmählich zu einem Zwangsmittel geworden, das wir anwenden zu dürfen glauben, wo immer wir an einem bestimmten menschlichen Verhalten Interesse haben. Sie hat ihre alte Majestät eingebüsst, sie ist vom Throne herabgestiegen, sie wandelt unter den Sterblichen als eine vertraute Erscheinung, die wie Krankheit und Tod den Guten und den Bösen, den Gerechten und den Ungerechten treffen kann. Da ist es denn nicht zu verwundern, wenn sie von ihrem Ansehen und damit von ihrer abschreckenden Wirkung viel verloren hat."

§ 334, so dass dann der Fall des § 331 als die „einfache passive Bestechung im weiterem Sinn“ (!) bezeichnet wird. Wir meinen, ein solches Wortgebilde richtet sich von selbst, ausserdem aber ist zu betonen, dass es in keiner Weise dem Gesetz entspricht. Das St.G.B. gebraucht die Bezeichnung „Bestechung“ lediglich in den §§ 332 und 333, nicht dagegen in § 331, es befindet sich damit auch in völligem Einklang mit dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, welcher in den Fällen des § 331 nie von „Bestechung“ reden wird. Wir lehnen also diese Bezeichnung ab und sprechen in den Fällen des § 331 von „pflichtwidriger Geschenkannahme“[1]. — Was sodann § 332 St.G.B. anlangt, so bezeichnen wir diesen Fall als „Bestechlichkeit“. Zwar spricht das Gesetz in § 332 von „Bestechung“, ebenso nennt es aber auch den Fall des § 333 „Bestechung“; da nun natürlich ein Bedürfnis nach verschiedener Bezeichnung dieser beiden Fälle besteht, so unterschied man „aktive“ und „passive“ Bestechung. Zu einer solchen Bezeichnung können wir uns aber nicht verstehen, Birkmeyer hat durchaus Recht, wenn er sagt:[2] „eine passive Bestechung gibt es eigentlich so wenig, wie eine passive Bevormundung oder eine passive Begleitung; und überdies ergibt jene Unterscheidung eine unerträglich schwerfällige Terminologie. In hohem Grad beachtenswert ist die Terminologie des sächsischen St.G.B. von 1855, welches die aktive Bestechung in Art. 367 „Bestechung“, die passive Bestechung aber in Art. 364 „Bestechlichkeit“ nennt. Diese Terminologie wäre für das neue Strafgesetzbuch sehr empfehlenswert.“ Wir wollen uns hier diese zweckmässige und sprachlich einwandfreie Terminologie zu Nutze machen und im folgenden von „pflichtwidriger Geschenkannahme“, „Bestechung“ und „Bestechlichkeit“ reden. —

Nach § 331 St.G.B. ist die „pflichtwidrige Geschenkannahme“

---

[1]) Siehe Alcalay, Aktive und passive Bestechung (Tüb. Diss.), Pressburg 1889, Seite 37: „Mehrere deutsche Gesetzbücher (z. B. Württemberg art. 409, 410; Baden art. 667) haben den Tatbestand des § 331 ausdrücklich als rechtswidrige Geschenkannahme bezeichnet, und mit Recht; denn wenn auch der Gesetzgeber es für zweckmässig erachtet, die Geschenkannahme für eine pflichtmässige Amtshandlung kriminell zu bedrohen, so muss dies nicht auf Kosten des Begriffs der Bestechung, wie ihn das Volksbewusstsein auffasst, geschehen.“ — Vergl. auch Birkmeyer IX S. 315 in der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, welcher gegen diese Benennung nichts einzuwenden hat, „sofern man nur daran festhalte, dass das Delikt des § 331 wirklich Bestechung ist“.

[2]) Siehe Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts IX, S. 324/325.

seitens eines Beamten unter Strafe gestellt. Die Berechtigung dieser Strafdrohung wurde schon früher lebhaft bestritten und wird auch heute noch vielfach angezweifelt. Namentlich bei der Beratung des deutschen Strafgesetzbuchs kam es zu einem lebhaften Meinungsaustausch über die Frage, ob die pflichtwidrige Geschenkannahme wirklich kriminelle Strafe verdiene oder ob sie nicht vielmehr lediglich dem Disziplinarrecht zu überlassen sei.[1]) Im Reichstag trat für die kriminelle Bestrafung insbesondere der Abgeordnete Lasker ein, für die bloss disziplinare Ahndung von Schwarze. Mit knapper Majorität wurde der Antrag Lasker Gesetz und damit die betreffende Bestimmung des ersten Entwurfs wiederhergestellt. Die Folge dieses Sieges der Laskerschen Auffassung ist, dass jetzt nach geltendem Recht streng genommen eigentlich alle die harmlosen Fälle der Annahme von Trinkgeldern, Annahme von Bewirtung, Annahme von Erkenntlichkeiten für ausserordentliche Mühewaltung etc. mit Strafe belegt werden müssten. Und doch ist es durchaus üblich, etwa einem Briefträger, Eisenbahnschaffner etc. ein Trinkgeld in die Hand zu drücken; kein Mensch erblickt darin eine strafbare Handlung des Beamten! Man sucht nun allerdings diese Konsequenz durch restriktive Auslegung des § 331 St.G.B. zu umgehen. Man legt den Nachdruck auf das Wörtchen „für" und verlangt ein gewisses Äquivalentsverhältnis zwischen Vorteil und Amtshandlung, man schliesst vor allem die „nur bei Gelegenheit" oder „aus Anlass" der Handlung gewährten, das allgemeine Wohlwollen bekundenden Leistungen aus u. s. w.;[2]) allein so sehr man auch diese verständige Praxis billigen mag, so fragt es sich doch, ob sie nicht manchmal mit dem Gesetz in Konflikt gerät. Jedenfalls ist die Grenze zwischen den „üblichen Trinkgeldern" und der „pflichtwidrigen Geschenkannahme", wie allseitig anerkannt wird, eine recht flüssige und eigentlich besteht, wie Hälschner[3]) mit Recht bemerkt, für solche beschränkenden Bestimmungen kein genügender Anhalt im Gesetz. Überhaupt zeigt es sich eben auf

---

[1]) Der 1. Entwurf hatte die pflichtwidrige Geschenkannahme mit Strafe bedroht, der 2. dagegen hatte diese Bestimmung wieder beseitigt, weil „dieser Tatbestand keine strafrechtliche Figur bilde, es vielmehr der Dienstpragmatik überlassen werden müsse, inwieweit in solchen Fällen der Beamte zurecht zu weisen sei".

Vergl. Motive zum II. Entwurf zum 28. Abschnitt.

[2]) Dies die herrschende Meinung, vergl. z. B. Olshausen, Frank und von Liszt, insbesondere aber E. II, 129 und XIX, 19.

[3]) Siehe Hälschner I, S. 1041.

Schritt und Tritt, dass es viel besser gewesen wäre, solche delikaten Angelegenheiten der disziplinären Erledigung zu überlassen, als den Strafrichter damit zu betrauen; und stimmen wir durchaus H ä l s c h n e r zu, wenn er sagt: [1] „Ganz gewiss fordert die pflichtwidrige Geschenkannahme eine Rüge und Rektifikation, aber ebenso gewiss kann bei derselben von einem die allgemeine Rechtsordnung störenden Missbrauch der Amtsgewalt, wie sie das Wesen des Amtsdelikts erfordert, nicht die Rede sein. Sofern es sich nur darum handelt, dass der Beamte tun will oder soll, was seine Amtspflicht fordert oder zulässt, mag zwar das Fordern oder Annehmen eines Vorteils als unvereinbar mit seiner amtlichen Stellung und gegen die Würde des Amtes verstossend, darum als ein disziplinarisch zu strafendes Dienstvergehen betrachtet werden, aber nicht als ein kriminell zu strafendes Amtsvergehen.“

Doch man mag darüber denken, wie man will; wir können diese Streitfrage hier auf sich beruhen lassen. Mag man immerhin bezüglich der Beamten der Ansicht sein, dass die blosse pflichtwidrige Geschenkannahme unter Strafe zu stellen sei, so wird es doch wohl niemand geben, der ein Gleiches auch für die privaten Angestellten in Handel und Gewerbe befürworten würde; selbst die eifrigsten Vertreter der Laskerschen Ansicht werden nicht daran denken, auch die pflichtwidrige Geschenkannahme seitens Privatangestellter für strafwürdig zu erklären. Es treffen eben die Gründe, welche bezüglich der Beamten für eine Bestrafung sprechen, hier nicht zu. Dort handelt es sich um die Wahrung der Unentgeltlichkeit und Unkäuflichkeit der Amtshandlungen, um das Ansehen des Amtes und die Integrität des Beamtenstandes, nicht zuletzt auch um die grosse aus der Käuflichkeit entstehende Gefahr für die Reinheit der Amtshandlung und Unverletzlichkeit der Amtspflicht,[2] es sind mit einem Wort öffentliche Interessen im Spiel; hier dagegen handelt es sich um die Frage, ob man Privatangestellte, die sich einen kleinen Nebenverdienst verschaffen, mit Strafe bedrohen soll. Es ist offensichtlich, dass dieser Fall ganz anders liegt, da ja hier alle die öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkte ohne weiteres wegfallen. Allerdings besteht auch hier die Gefahr, dass ein „käuflicher“ Angestellter leicht dazu neigen wird, unter Umständen sich zur Verletzung seiner Dienst-

---

[1] Ibidem. S. 1039.

[2] Über die Streitfrage, welches Rechtsgut durch die Strafbestimmungen über Bestechung und pflichtwidrige Geschenkannahme geschützt werden soll, siehe B i r k m e y e r in der Vergl. Darst. IX, S. 311, gegen B i n d i n g.

pflichten verleiten zu lassen; allein das bedeutet ja doch nur eine gewisse Gefahr für den betreffenden Prinzipal, der möglicherweise durch solche Verletzung der Dienstpflichten geschädigt werden kann, weitere Kreise sind dadurch nicht bedroht; wegen einer blossen Gefahr für gewisse Interessen einer Einzelperson aber eine Handlung unter Strafe zu stellen, die an sich nichts auf sich hat, kann wohl nicht ernstlich in Frage kommen. Dass aber in der blossen Geschenkannahme an sich wirklich niemand etwas Strafwürdiges findet, das beweist die ganz allgemeine Verbreitung der Trinkgelder; das Trinkgelderwesen ist nun zwar als Unsitte zu charakterisieren, allein man muss (leider!) eben auch mit einer „Unsitte" schliesslich rechnen, jedenfalls dann, wenn sie sich so fest eingebürgert hat, wie das beim Trinkgelderwesen tatsächlich der Fall ist.[1]) Hier mit Strafe einschreiten zu wollen, wäre einfach absurd.

Ganz anders liegt die Sache bei der „Bestechlichkeit" der Angestellten. Wenn ein Angestellter sich durch Geschenke dritter Personen dazu verleiten lässt, seine Dienstpflichten zu verletzen, die Interessen seines Prinzipals zu vernachlässigen, ja diesen geradezu zu schädigen, so scheint uns allerdings eine empfindliche Strafe am Platze zu sein. Wohl wiegt natürlich die Bestechlichkeit eines B e a m t e n ungleich schwerer, allein immerhin handelt es sich bei der Bestechlichkeit Privatangestellter auch nicht mehr um blosse Bagatellsachen, sondern in der Tat um schwere Rechtsverletzungen, welche das Gesetz nicht einfach ignorieren darf. Der Gesetzgeber muss vielmehr der Volksanschauung Rechnung tragen und kann nicht achtlos an der Tatsache vorübergehen, dass die Empörung über das Schmiergelderunwesen in den Kreisen der ehrlichdenkenden Kaufleute und Industriellen bereits einen ausserordentlich hohen Grad erreicht hat. Überhaupt ist gar nicht zu verkennen, dass bei uns in Deutschland die öffentliche Meinung ebenso gebieterisch eine Bestrafung der Angestelltenbestechung verlangt, wie dies vor kurzem in England und Nordamerika der Fall war; dagegen ist allerdings zu betonen, dass man z. B. in Frankreich und Italien in dieser Beziehung

[1]) Von dem häufigsten Fall des Trinkgelds, nämlich von dem den Kellnern, Portiers etc. gegebenen reden wir übrigens hier nicht; da diese Personen vom Geschäftsherrn meist gar nicht bezahlt werden, vielmehr von vornherein vorausgesetzt wird, dass sie ihren Verdienst durch Trinkgelder erhalten, stehen sie sozusagen im Dienst des Publikums. - Hier handelt es sich dagegen um Trinkgelder, die besoldeten Angestellten, z. B. Dienstboten hinter dem Rücken ihrer Herrschaft zugesteckt werden. Siehe oben Seite 10 Anm.

auf einem anderen Standpunkt zu stehen scheint. In Frankreich wundert man sich nämlich darüber, dass England die Bestechung Privatangestellter bestrafe; der Franzose findet das englische Gesetz „assez curieux“[1]) und ist höchlichst erstaunt darüber, dass man in anderen Ländern so viel Wesens von der Sache macht. Speziell in Paris huldigt man einer besonders laxen Auffassung; dort ist es nämlich seit einiger Zeit durchaus üblich geworden, dass den Dienstboten, die Einkäufe für den Haushalt der Herrschaft zu besorgen haben, Provisionen („commissions“) gewährt werden bezw. dass dieselben von den Käufern Vorzugspreise und Rabatte erhalten, welche sie der Herrschaft gegenüber nicht in Anrechnung bringen. Der Pariser Dienstbote behauptet tatsächlich, dank seiner Kenntnisse der einschlägigen Verhältnisse, Marktpreise etc. im stande zu sein, vorteilhafter einzukaufen als die Hausfrau selbst und leitet aus dieser Behauptung das Recht ab, den angeblich erzielten Gewinn in seine Tasche fliessen zu lassen, „de faire danser l'anse du panier“, wie der volkstümliche Ausdruck dafür lautet. — Auch in Italien scheint man in dieser Beziehung nicht eben streng zu denken, auch dort nimmt niemand Anstoss daran, wenn ein Lieferant oder Produzent die Angestellten seiner Abnehmer durch heimliche Provisionen besticht; im Gegenteil — eine solche Bestechung erscheint dem Italiener als eine „donazione rimuneratoria lecitissima per gli studi, le esperienze, le pratiche di quello“, und würde daher in Italien ein Gesetz gegen die Angestelltenbestechung auf den denkbar grössten Widerstand stossen.[2]) — Nicht so bei uns in Deutschland. Wir Deutsche gehen davon aus, dass der Angestellte seine Persönlichkeit voll und ganz in den Dienst seines Prinzipals zu stellen hat, und betrachten es als selbstverständlich, dass die Kenntnisse und Erfahrungen des Angestellten dem Prinzipal zu gut kommen. Wir sehen es demgemäss als eine, an Unterschlagung und Betrug grenzende, schwere Pflichtverletzung an, wenn ein Angestellter seinem Dienstherrn für eingekaufte Waren höhere Preise berechnet, als er in Wirklichkeit verausgaben musste, und lassen keineswegs die

---

[1]) So drückt sich z. B. ein Artikel in der France automobile vom 9. Februar 1907 aus. Wir verdanken diesen Artikel sowohl, wie die interessanten Aufschlüsse über die französische Volksanschauung der Güte des Herrn Dr. Weber, avocat à la cour d'appel in Paris.

[2]) Vorstehendes ist einer Mitteilung von Herrn Professor Leto in Palermo entnommen, welchem wir für diese liebenswürdige Unterstützung zu grossem Dank verpflichtet sind.

Entschuldigung gelten: „es wäre dem Dienstherrn selbst gar nicht möglich gewesen, so billig einzukaufen". In gleicher Weise hält man es hierzulande ganz allgemein für strafwürdig, wenn ein Angestellter bei seinen Einkäufen die schlechtere und teuere Ware vor der besseren und billigeren bevorzugt, weil ihm der Lieferant der schlechteren Ware irgend ein Geschenk oder einen sonstigen Vorteil versprochen oder gewährt hat, der der guten dagegen nicht. Es ist daher bei dieser Auffassung nur natürlich, dass wir Deutsche mit den Engländern und Amerikanern in der Verurteilung des Schmiergelderunwesens durchaus einig gehen, und zeigt sich gerade darin wieder so recht die Verschiedenheit des angelsächsisch-germanischen Volkscharakters einerseits und der romanischen Auffassung andererseits.

Übrigens erachtet man in Deutschland keineswegs etwa nur die „Bestechlichkeit" für strafwürdig, sondern ganz ebenso auch die „Bestechung", d. h. die Tat desjenigen, der einen Angestellten zu solchen Pflichtwidrigkeiten verleitet. In der Tat liegt auch ein Grund für Straflosigkeit oder auch nur für mildere Behandlung des Bestechenden hier nicht vor im Gegensatz zu der Beamtenbestechung, woselbst mit Recht geltend gemacht zu werden pflegt, „der Bestechende verletze nur gemeine Bürgerpflichten, der Bestochene aber seinen Diensteid".

Bemerkt sei hier noch, dass man uns nicht etwa entgegenhalten kann, es bedürfe keiner Strafdrohung gegen das Schmiergelderunwesen, weil das B.G.B. und das H.G.B. hinreichend Schutz gewähren und überdies die Beteiligten in der Lage seien, sich durch private Abmachungen und Vereinbarungen gegen derartige Manipulationen zu schützen. Ein solcher Einwand wäre nicht stichhaltig, vielmehr hat es sich — wie schon oben ausgeführt — nach den gemachten Erfahrungen gezeigt, dass diese Art von Schutz völlig versagt. Was sollte denn auch eine etwa zu befürchtende Kündigung einen untreuen Angestellten von der Annahme einer Bestechungssumme abhalten können, wenn die Bestechungssumme vielleicht viel höher ist als sein ganzer Dienstgehalt?

Wenn man ferner etwa einwenden sollte, dass die Wirkung eines zu erlassenden Strafgesetzes in hohem Grade zweifelhaft sei, weil die Bestechung meist streng geheim gehalten werde, so ist darauf zu erwidern, dass hierin keine Besonderheit des Schmiergelderunwesens zu erblicken ist, da ja die allermeisten Delikte heimlich und in der Hoffnung auf Nichtentdecktwerden begangen werden. Ausserdem aber ist zu betonen, dass häufig schon der blosse Erlass eines Strafgesetzes eine

recht heilsame Wirkung ausübt und dass gerade in unsern Fällen gewiss mancher Lieferant oder Angestellte durch das Vorhandensein einer Strafdrohung von derartigen Handlungen abgehalten wird („psychologische Zwangstheorie"; Feuerbach).

B. Das aufzustellende Strafgesetz.

§ 11. Im allgemeinen.

Auf Grund der bisherigen Ausführungen kamen wir zu dem Schluss, dass eine Strafdrohung gegen bestechliche Angestellte bezw. sie bestechende Lieferanten dringend zu wünschen ist; hier soll nun untersucht werden, wie diesem Wunsche technisch am zweckmässigsten Rechnung getragen würde. Es sind schon in der Literatur Vorschläge in dieser Richtung gemacht worden, wenn auch freilich nur ganz vereinzelt. Hören wir zunächst die Ansicht Wachingers; [1]) er meint:

„Ein wichtiges kriminalpolitisches Problem bildet die künftige Ausgestaltung der Bestechung. Namentlich die Bestechlichkeit, die in Handelskreisen zu Tage tritt und von diesen Kreisen selbst als grösster Missstand empfunden wird, kann zu der Frage Veranlassung geben, ob nicht unter dem Gesichtspunkt des Angriffs auf die rechtstreue Gesinnung ein vom öffentlichen Amtsverhältnis losgelöstes Sonderdelikt zu schaffen ist, das dann natürlich aus dem Abschnitt über die Amtsverbrechen auszuscheiden wäre. Doch verkenne ich nicht die Bedenken, die gegen eine solche Erweiterung sprechen."

Gegen Wachinger wendet sich aber energisch Lippmann, wenn er in der Deutschen Juristenzeitung [2]) sagt:

„..... Abgesehen von der Uferlosigkeit eines solchen Delikts ist für die Bedürfnisse des Handelsstandes ausreichend durch die Bestimmungen über Untreue und die Strafbestimmungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs über den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen vorgesorgt." – Die „Uferlosigkeit" des Wachingerschen Vorschlags soll Lippmann gerne zugestanden werden; denn der „Angriff auf die rechtstreue Gesinnung" ist in der Tat ein vager Begriff, mit dem sich nicht viel anfangen lässt. Da-

---

[1]) Siehe Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. IX, S. 305.

[2]) Siehe Deutsche Juristenzeitung, XII. Jahrgang S. 92 ff.

gegen kann man Lippmann nicht Recht geben, wenn er behauptet, dass den Bedürfnissen des Handelsstandes durch die Untreuebestimmungen genügend Rechnung getragen sei,[1]) haben wir doch oben gesehen, dass § 266 Ziffer 2 St.G.B. völlig versagt, wenn ein Angestellter sich durch Bestechung dazu bewegen lässt, ungünstige Verträge für seinen Prinzipal abzuschliessen. Und doch erscheint eine solche Untreue bei Abschluss eines Vertrags nicht minder strafwürdig, wie ein absichtliches „Zum Nachteil Verfügen" über Forderungen oder Vermögensstücke des Auftraggebers. Was aber sodann die §§ 9 und 10 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes betrifft, so kann danach ein Angestellter, Arbeiter oder Lehrling bestraft werden, wenn er Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse unbefugt an dritte Personen mitteilt, ebenso macht sich auch der Dritte strafbar, der ihn (durch Geschenke oder Versprechen) zu solchem Verrat verleitet. Gewiss ist damit ein praktisch sehr wichtiger Fall der Bestechung bezw. Bestechlichkeit unter Strafe gestellt, aber eben doch nur ein einzelner Fall; wie wir oben gezeigt haben, kann sich die Käuflichkeit eines Angestellten in den verschiedenartigsten Pflichtverletzungen äussern, nicht nur im Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Die singulären Strafbestimmungen der §§ 9 und 10 W.B.G., die ja zudem überhaupt gar nicht unter dem Gesichtspunkt der Bestechung erlassen sind, erweisen sich hier als durchaus unzureichend. Es ist demnach gegen Lippmann daran festzuhalten, dass ein legislatorischer Akt dringend not tut. — Aber wie denken wir uns diesen Akt? Etwa in der Weise, dass man die Vorschriften über „Beamtenbestechung" auch auf „Privatbeamte" Anwendung finden liesse? — Gewiss nicht! — Einen solchen Gedanken hat Birkmeyer mit Recht zurückgewiesen, er sagt: [2]) „Privatbeamte bezw. Inhaber eines Privatamts, wie die Beamten einer Gesellschaft, eines Vereins, die Angestellten kaufmännischer und industrieller Betriebe begehen, wenn sie mit ihren Funktionen Handel treiben, keine Bestechung, sondern vielleicht eine Untreue nach § 266 oder einem Reichsstrafnebengesetz." „Wenn man in jüngster Zeit den Erlass besonderer strafgesetzlicher Bestimmungen gegen die „Bestechung" solcher Angestellten durch Lieferanten verlangt, welche sie zu einer Bevorzugung der Waren des Geschenk-

---

[1]) Vergl. über die Unzulänglichkeit der bestehenden Strafgesetze neuerdings auch Dosenheimer in der Deutschen Juristenzeitung, XIII. Jahrg., S. 1160/61.

[2]) Siehe Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. IX, S. 246.

gebers vor den Waren anderer Lieferanten verleiten wollen, so können diese Bestimmungen jedenfalls nicht in einer Ausdehnung der Vorschriften der §§ 331 ff. auf diese „Bestechung" bestehen." — Auch wir sind der Ansicht, dass die ratio legis bei der Bestrafung der Bestechlichkeit nur auf die Inhaber eines öffentlichen Amtes zutrifft. Nur für sie lassen sich ja auch die hohen Strafen rechtfertigen, welche auf die Bestechlichkeit gesetzt sind; denn da ein korrupter Beamtenstand geradezu eine Gefahr für die Existenz des Staates bildet, so sah sich natürlich der Gesetzgeber veranlasst, hiergegen mit schwerer Strafdrohung zu reagieren. Die Integrität des Beamtenstandes gehört zu den Grundlagen eines Staatswesens, der Gesetzgeber muss daher bestrebt sein, sie mit allen Mitteln aufrecht zu erhalten. Mit diesen Gesichtspunkten die Bestechlichkeit gewisser Privatangestellter zu vermischen, geht nicht an; hier handelt es sich ja nicht um Verletzung von Amtspflichten, sondern lediglich um Zuwiderhandlungen gegen private Vertragsobliegenheiten, die zwar den betreffenden Geschäftsherrn schädigen können, aber nicht entfernt die schwerwiegende Bedeutung der Beamtenbestechlichkeit an sich tragen, mithin auch nicht auf eine Stufe gestellt werden können mit diesem reinen Amtsdelikt.

Man muss also auf andere Wege sinnen. Dabei wird die Kardinalfrage überhaupt die sein, ob ein ganz neuer Verbrechenstypus geschaffen werden soll oder ob es genügt, einen schon vorhandenen Typus umzugestalten und zu erweitern. In England hat man, wie schon erwähnt, ein eigens auf diesen Fall zugeschnittenes Spezialgesetz erlassen. Das ist in England der durchaus normale, ja man kann sagen, auch beinahe der allein mögliche Weg einer Gesetzesreform. Bekanntlich besitzt England kein kodifiziertes Strafrecht,[1]) das englische Strafrecht beruht vielmehr zu einem Teil auf dem gemeinen Gewohnheitsrecht (Common Law), zum andern Teil auf dem Statute Law, d. h. einer Reihe von Einzelgesetzen, die unter einander in gar keinem Zusammenhang stehen. Es fehlt im englischen Strafrecht völlig an einem eigentlichen System; deswegen

---

[1]) Im Jahre 1878 wurde auf Anregung von Sir James Stephen der Versuch gemacht, das ganze Strafrecht zu kodifizieren. Der von diesem bedeutendsten aller englischen Kriminalisten auf der Grundlage seines Digest verfasste Entwurf wurde von einer Kommission geprüft und in etwas veränderter Gestalt dem Parlament vorgelegt; da sich aber keine der politischen Parteien für eine Reform interessierte, die sich nicht in leicht verständlichen Schlagworten zusammenfassen liess, legte man ihn ad acta. Siehe darüber S c h u s t e r in der Strafgesetzgebung der Gegenwart, S. 616.

ist auch in England eine verbessernde Tätigkeit auf der Grundlage durchdachter und einheitlicher Grundsätze gar nicht zu erwarten, die gesetzgeberische Tätigkeit beschränkt sich dort vielmehr auf den Erlass von Gelegenheitsgesetzen, welche einzelne zu Tage tretende Lücken je nach Bedürfnis ausfüllen. So war es für England das Gegebene, hier mit einem Spezialgesetz vorzugehen. — Ganz anders liegen die Verhältnisse bei uns in Deutschland. Wir haben längst ein kodifiziertes Strafrecht mit wohl ausgebildetem System. Dieses System dürfen wir natürlich nicht ohne zwingenden Grund verlassen; wir müssen vielmehr neue Verbrechenstatbestände möglichst in den Rahmen unseres System einzufügen suchen und den bereits vorhandenen Typen angliedern und anpassen, sonst gehen uns alle Vorteile, die wir vor den Ländern mit nichtkodifiziertem Recht (England) voraus haben, wieder verloren, und wir haben die gleiche, ja noch grössere Verwirrung als diese Länder. Deshalb ist für uns bezüglich des Erlasses von Spezialgesetzen eine viel grössere Vorsicht und Zurückhaltung angebracht, als in England. Das verdient besondere Betonung angesichts des Umstandes, dass sich gerade in neuerer Zeit in Deutschland eine starke Neigung nach solchen Spezialgesetzen geltend macht, die schon mehrfach zu nicht ganz glücklichen Gesetzen führte. Solche Gelegenheitsgesetze tragen ja immer grosse Mängel an sich; fürs erste ist ihr Verhältnis zu den übrigen Verbrechenstatbeständen häufig nicht klar, sodass in der Spruchpraxis fortwährende Subsumtionsschwierigkeiten entstehen, und sodann haben sie meist nur ganz konkrete Fälle im Auge und sind nicht weit genug gefasst, sie erweisen sich infolgedessen bald als unzureichend. Frank hat nicht Unrecht, wenn er die überhastete „Gesetzesfabrikation“ unserer Tage rügt und spöttisch bemerkt:[1]) „solche Nebengesetze sind häufig unter dem Eindruck irgend eines besonderen Ereignisses oder einer augenblicklichen Stimmung wenn auch nicht sine ira, so doch sine studio abgefasst.“ Wollen wir uns also nicht dem gleichen Vorwurf aussetzen, so müssen wir zuvor reiflich erwägen, ob dem vorhandenen Bedürfnis nicht auf andere Weise entsprochen werden kann; insbesondere wird zu untersuchen sein, ob sich nicht etwa durch eine kleine Umgestaltung und Erweiterung eines schon vorhandenen Verbrechenstypus Abhilfe schaffen lässt. — Das ist in der Tat der Fall. Wir haben nämlich in unserem Untreuetatbestand einen Typus, der, wie allgemein anerkannt

---

[1]) Siehe Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, XVIII, S. 734.

wird, nach Erweiterung strebt [1]) und mühelos in einer Weise ausgestaltet werden kann, dass das ganze Schmiergelderunwesen durch ihn getroffen wird.

§ 12. Die Formulierung des Deliktsbegriffs.

Das geltende Recht hat bei Schöpfung des Untreueparagraphen die kasuistische Fassung gewählt. Es zählt in § 266 St.G.B. nicht weniger als 18 zur Begehung von Untreue taugliche Subjekte auf und fügt der letzten Gruppe in Ziffer 3 noch eine clausula generalis bei; ausserdem aber nennt es in 14 Reichsstrafnebengesetzen noch mehrere Dutzend weiterer Untreuesubjekte. Dies Verfahren kann (schon mit Rücksicht auf die durch die Verteilung auf 15 verschiedene Gesetze entstehende Unübersichtlichkeit) nicht als glücklich bezeichnet werden. Mit Recht sagt Freudenthal in der Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. VIII, Seite 139: „Wenn die vorsichtigste der gesetzgeberischen Methoden, die der Kasuistik, zur Zeit der Schaffung des norddeutschen St.G.B. bei einem so unerprobten Tatbestand, wie ihn die Untreue damals darstellte, berechtigt gewesen sein mag,[2]) so ist sie es doch heute nicht mehr. Denn einmal ist durch eine mehr als drei Jahrzehnte lange Praxis erwiesen, dass das Bedürfnis des Lebens hier jeder Aufzählung von Subjekten spottet und dass man durch diese Aufzählung keineswegs alle Kontroversen über die Strafbarkeit gewisser Personenklassen vermieden hat. Sodann aber hat die langjährige Praxis die Schwierigkeiten, die damals einer allgemeineren gesetzlichen Fassung entgegenstanden, erheblich vermindert, indem sie das Wesen der Untreue klarer gestellt hat, als es in jener Zeit war." So dürfte jetzt der Zeitpunkt gekommen sein, bei der bevorstehenden Straf-

---

[1]) Vergl. Binding, Lehrbuch, I. Band Seite 396: „.... Jedenfalls strebt der Verbrechenstatbestand der Untreue auch heute noch mit Recht nach Erweiterung. Nicht nur die Spezialgesetzgebung des Reichs hat das Gebiet der strafbaren Untreue bedeutend vergrössert, sondern auch die Praxis versucht energisch den Damm des § 2 gegen die Analogie zu durchbrechen."

[2]) Vergl. hierüber aus früherer Zeit Wahlberg, ges. kleine Schriften etc., Wien 1877, Bd. II, Seite 207: „Die kasuistische Aufzählung und Spezialisierung der Untreuefälle im deutschen St.G.B. ist experimentell, eine unvollständige Exemplifizierung, vielleicht eine für den ersten legislativen Wurf in dem neuen gemeinen Strafrecht bei dem Mangel eines gemeinen deutschen Zivilgesetzes ratsame Beschränkung der strafbaren Untreue."

rechtsreform von der Kasuistik des § 266 gänzlich abzusehen und dem Delikt der Untreue eine allgemeinere und weitere Fassung zu geben. Und zwar sollte dabei nicht bloss halbe Arbeit geleistet und die einzelnen Ziffern des § 266 St.G.B. in diesem Sinne umgeändert werden, sondern man würde am besten von Grund aus reinen Tisch machen und eine Formulierung wählen, die die Tatbestände sämtlicher drei Ziffern des § 266 zugleich umfasst und obendrein noch manche Gesetzeslücke ausfüllt. Es soll daher auf die Vorschläge zur Abänderung der Ziffer 2 des § 266 St.G.B., wie sie von verschiedener Seite schon gemacht wurden, so z. B. von Dr. A. H. in Goltdammers Archiv Band XXXVI, Seite 346 bis 369, nicht näher eingegangen werden, da alle derartigen Anregungen doch nur den Charakter von Stück- und Flickwerk an sich tragen. (Auch die von D r a h e i m vorgeschlagene Formulierung [1]) ist trotz ihrer unleugbaren Vorzüge aus dem gleichen Grunde für uns unannehmbar; auch sie bezieht sich eben nur auf die Fälle des § 266 Ziffer 2 und deckt die übrigen Fälle nicht.) Vielmehr muss eine ganz allgemeine Fassung des Untreueparagraphen angestrebt werden und solche lässt sich auch leicht bewerkstelligen, wenn man auf das Wesen der Untreue zurückgeht und die allen Untreuefällen gemeinsamen charakteristischen Merkmale erforscht. In dieser Hinsicht aber ist vor allem durch die scharfsinnigen Untersuchungen B i n d i n g s der Weg vollkommen geebnet, so dass das Wesen der Untreue durchaus klar liegt. Sehr schön führt B i n d i n g aus: [2]) „In einer grossen Anzahl von Fällen ist, wer auf Unredlichkeit denkt, in der glücklichen Lage, von Rechts wegen über fremdes Vermögen verfügen zu können. Dieses Vermögen findet dann seinen Feind gerade in der Person, der es von Rechts wegen unterstellt ist, und gegen diese bedarf sein Inhaber energischen Schutzes." Das spezifische Mittel zur Begehung von Untreue ist demnach der Missbrauch einer gesetzlich oder rechtsgeschäftlich eingeräumten Machtvollkommenheit und lässt sich der Tatbestand der Untreue mit B i n d i n g [3]) in voller Allgemeinheit dahin fassen, dass alle, welche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft berufen werden, über fremde Vermögensrechte zu ver-

---

[1]) D r a h e i m schlägt auf Seite 72 seiner Diss. „Untreue und Unterschlagung". Breslau 1901. folgende Formulierung vor: „Bevollmächtigte, die durch Missbrauch der ihnen vom Auftraggeber eingeräumten Verfügungsgewalt diesen absichtlich benachteiligen".

[2]) Siehe B i n d i n g, Lehrbuch, I. Band, Seite 397.

[3]) B i n d i n g, Lehrbuch, I. Band, Seite 398.

fügen, sich der Untreue schuldig machen, falls sie durch ihre Verfügung vorsätzlich die Inhaber jener Rechte schädigen. Sucht man nun nach einer kurzen und präzisen Formulierung dieses Gedankens, so dürfte sich unseres Erachtens der Vorschlag Freudenthals empfehlen, welcher folgende Fassung anregt:[1])

„Wer, unter Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten, das Vermögen des andern beschädigt, wird u. s. w.“

Abgesehen von dem Vorzug grosser Einfachheit und Klarheit verdient diese Ausgestaltung der Untreue auch um deswillen allgemeine Zustimmung, weil sie im Anschluss an die Fassung, die das geltende Recht in § 263 der Betrugshandlung gibt, den Begriff der Vermögensbeschädigung in den Tatbestand der Untreue aufnimmt und damit mit einem Schlage die Kontroversen beseitigt, welche sich an die Begriffe des „zum Nachteil Handeln“, „zum Nachteil Verfügen“ und „benachteiligen“ knüpfen.[2]) Überdies aber vermeidet diese Bestimmung der Untreue die Fehler der Ziffer 2 des § 266 St.G.B., welche sich in mehr als einer Beziehung als zu eng erwies; denn fürs erste ist nach Ziffer 2 nicht jedes Benachteiligen, sondern nur ein „Verfügen“ strafbar (das Eingehen ungünstiger obligatorischer Verträge fällt also z. B. nicht darunter) und sodann fällt nicht jedes „Verfügen“, sondern nur das Verfügen über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers unter diese Bestimmung. Von all' diesen unzweckmässigen Beschränkungen ist der Freudenthalsche Untreuetatbestand frei; insbesondere aber ist er, was das Subjekt der Untreuehandlung anlangt, in keiner Weise eingeengt und lässt sich in gleicher Weise auf Vormünder, Verwalter, Testamentsvollstrecker etc., wie auf Bevollmächtigte oder sonstige Personen anwenden. Hiernach scheint die Untreue in dieser neuen Gestaltung wie geschaffen, um dem Schmiergelderunwesen in Handel und Gewerbe erfolgreich entgegen zu treten.

---

[1]) Siehe Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bd. VIII, Seite 148.

[2]) Über den Streit, ob der „Nachteil“ im Sinne des § 266 auf einen Vermögensnachteil zu beschränken sei oder ob auch eine persönliche Benachteiligung des Mündels etc. z. B. Benachteiligung seiner Gesundheit, Ehre, Sittlichkeit u. s. w. in Betracht komme, siehe Ammon, Die Untreue; Tübingen 1894, Seite 44/45.

Jeder Angestellte ist vermöge seines Dienstvertrages dazu verpflichtet, die Interessen seines Prinzipals wahrzunehmen und auf dessen Vorteil bedacht zu sein; es ist ihm in mehr oder weniger umfassender Weise die Sorge für die Vermögensangelegenheiten seines Dienstherrn übertragen. Wenn er nun von Dritter Seite Geschenke oder Provisionen annimmt und sich dadurch verleiten lässt, Geschäfte abzuschliessen, die für den Dritten vorteilhaft, für seinen Prinzipal aber ausgesprochen ungünstig sind, so verletzt er damit seine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten und ist, vorausgesetzt, dass aus diesem Verhalten eine wirkliche Vermögensschädigung (nicht bloss ein Gewinnentgang) resultiert, wegen Untreue in Strafe zu ziehen. Eine solche Bestrafung unter dem Gesichtspunkte der Untreue scheint uns aber auch um deswillen das Richtige zu treffen, weil es nicht so sehr darauf ankommt, dass der Angestellte sich als käuflich erwiesen hat und dass er für Geschenke oder Provisionen zugänglich war, sondern weil das Verwerfliche seines Handelns lediglich darin zu finden ist, dass er das ihm von seinem Prinzipal geschenkte Vertrauen missbraucht und diesen an seinem Vermögen schädigt. Nur dafür soll er bestraft werden, nicht aber für die Geschenkannahme, welche, wie schon oben in § 10 unserer Darstellung gezeigt wurde, bei Privatangestellten an und für sich nichts auf sich hat. Wir lehnen also die Konstruktion als „Bestechung", wie sie im englischen Gesetz gewählt ist, ab und kommen zu dem Ergebnis, dass der nach dem Freudenthalschen Vorschlag erweiterte Untreuetatbestand für die deutschen Verhältnisse den Vorzug verdient, da sich auf diese Weise ohne Erlass eines Spezialgesetzes dasselbe erreichen lässt. —

Was die Strafdrohung des neu zu schaffenden Untreueparagraphen anlangt, so könnte Gefängnisstrafe von 1 Tag bis zu 5 Jahren (wie bisher) beibehalten werden, daneben würde zweckmässiger Weise kumulative Geldstrafe vorzusehen sein.[1]) Ausserdem aber wäre die Aufnahme mildernder Umstände zu wünschen, damit die Ungleichheit gegen Betrug und Unterschlagung verschwände; [2]) auch wäre zu fordern, dass künftig der Versuch der Untreue ebenfalls unter Strafe gestellt würde. — Was

---

[1]) Freudenthal (S. 154) wünscht solche bis zu mindestens 20 000 M. „ohne damit gegen ein noch höheres Maximum Bedenken äussern zu wollen".

[2]) Mit Recht bemängelt Binding (S. 398), dass die Strafen der Untreue gegenüber denen des § 246 nicht „abgestimmt" seien.

die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz dieses neuen Untreueparagraphen mit dem Unterschlagungstatbestand anlangt, so dürfte dieselbe zu bejahen sein.[1])

§ 13. Die Behandlung der Teilnahme (Anstiftung).

Im vorstehenden haben wir uns ausschliesslich mit der „Bestechlichkeit" befasst und die „Bestechung" ganz ausser Aacht gelassen; wir haben nur Vorschläge betreffs der Bestrafung der bestochenen Angestellten, nicht aber auch solche bezüglich der sie bestechenden Dritten gemacht. Es erübrigt also noch eine Untersuchung über die „aktive Seite" des Schmiergelderunwesens. — Wenn wir die Besprechung dieses Teils so lange zurückgestellt haben, so hatte das seinen guten Grund. Es bietet nämlich die aktive Seite des Schmiergelderunwesens nichts wesentlich Neues mehr und bereitet keinerlei besondere Schwierigkeiten; vielmehr lässt sich die „Bestechung" sehr einfach nach den Regeln der Teilnahme behandeln. Der bestechende Lieferant erscheint nämlich gemäss § 48 St.G.B. ohne weiteres unter dem Gesichtspunkte der Anstiftung zu der Untreue des Angestellten strafbar,[2]) da er diesen durch Geschenke oder Versprechen dazu bestimmte, seine Dienstpflichten ausser Acht zu lassen und seinen Prinzipal zu schädigen. Einer besonderen Strafdrohung gegen die Lieferanten bedarf es also nicht. Damit ist wiederum eine grosse Vereinfachung erzielt gegenüber dem englischen act for the better Prevention of Corruption. Das englische Gesetz benötigt nämlich zwei Strafdrohungen:

1. eine gegen den Angestellten (if any agent corruptly accepts...),
2. eine solche gegen den bestechenden Lieferanten (if any person corruptly gives...).

und zwar ist dies deshalb erforderlich, weil der englische Typus sich als „Konvergenzdelikt" darstellt.[3]) Der deutsche Gesetzgeber dagegen

---

[1]) Vergl. über die hier einschlagende bisherige Streitfrage Binding, Lehrbuch I, S. 397. Ammon, Untreue, S. 89 und Freudenthal, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Band VIII, S. 122.

[2]) Wenn freilich der Fall so liegt, dass der Angestellte die Untreue begeht in der Erwartung, hierfür nachträglich von dem Lieferanten belohnt zu werden, so ist dem Lieferanten, wenn er hinterdrein die Belohnung wirklich gewährt, strafrechtlich nicht beizukommen.

[3]) Vergl. hierzu St.G.B. § 332 und § 333.

kann mit dem einen Untreuestrafgesetz ganz wohl auskommen, und nur in der Richtung ergeben sich Anstände, dass gemäss § 49 a St.G.B. die Fälle der erfolglosen Anstiftung zur Untreue (als zu einem Vergehen) nicht strafbar sind. Wenn also ein Angestellter die ihm gebotene Bestechungssumme mit Entrüstung zurückweist, dann würde der bestechende Lieferant allerdings straflos ausgehen und könnte höchstens vielleicht wegen Beleidigung zur Verantwortung gezogen werden (E. XXXI, 194). Hierin würde aber wohl eine auffallende Ungleichheit gegenüber § 333 St.G.B. zu finden sein, da nicht einzusehen wäre, weshalb bei der Beamtenbestechung schon das blosse Anbieten oder Versprechen strafbar sein sollte, während in unseren Fällen nur die gelungene Bestechung Strafe nach sich ziehen würde. Es besteht vielmehr ganz offensichtlich auch bei der Bestechung von Privatangestellten das Bedürfnis, schon das blosse Anbieten oder Versprechen von Geschenken unter Strafe zu stellen, um damit schon von vornherein die Lieferanten von allen derartigen Versuchen abzuhalten und zu verhindern, dass die Angestellten auch nur in die Versuchung kommen. Aber freilich liesse sich diesem Bedürfnis nur durch eine entsprechende Änderung der Grundsätze über die Teilnahme bezw. durch eine Ausdehnung des Duchesneparagraphen auch auf die Aufforderung zu V e r g e h e n Rechnung tragen. Da jedoch bei der bevorstehenden Strafrechtsreform eine Neugestaltung der Teilnahmelehre wohl in sichere Aussicht zu nehmen ist, so könnte hier unschwer Abhilfe geschaffen werden und zwar wohl am besten dadurch, dass man sich unter gänzlicher Beseitigung des § 49 a zu einer prinzipiellen, in sich geschlossenen Regelung der erfolglosen Aufforderung zu strafbaren Handlungen entschliessen würde. Solche erfolglosen Aufforderungen sind nämlich, wie B e l i n g [1]) treffend bemerkt, ihrem innersten Wesen nach ein „Anfang der Anstiftung", also ein Fragment der Erscheinungsform der Teilnahme. Wenn sie nicht als Teilnahmeversuch gestraft werden, so hat dies positivrechtlich seinen Grund in § 43 St.G.B. sowie darin, dass die Teilnahme in dem Sinn akzessorisch ist, dass die Haupttat wirklich begangen sein muss. Allein der Akzessorietätsbegriff würde in keiner Weise Schaden leiden, wenn man die Abhängigkeit lediglich als Beziehung zu einer nur g e d a n k l i c h ins Auge gefassten Vortat fassen und die Akzessorietät der Teilnahme lediglich dahin postulieren würde, dass die Teilnahmehandlung auf eine tatbestandsmässige

---

[1]) B e l i n g , Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 466.

rechtswidrige Handlung eines andern abzielen muss, nicht eine solche wirklich begangen zu sein braucht (Beling Se.te 467). Es wäre daher nichts dagegen zu erinnern, wenn im künftigen Strafgesetzbuch ganz allgemein jeder Teilnahmeversuch unter Strafe gestellt wäre, und kann man Beling nur zustimmen, wenn er sagt: [1]) „Rechnet man beim Versuch dem Täter ein gar nicht vorhandenes Tatbestandsende zu, bloss um deswillen, weil die Vorstellung des Täters dies Ende mitumspannte, so ist nicht einzusehen, weshalb man dem Teilnehmer nicht eine von ihm vorgestellte, nicht eingetretene Haupttat nicht soll zurechnen können". — Solange man sich aber freilich zu solch grundlegenden Änderungen nicht verstehen kann, muß bei der von uns vorgeschlagenen Konstruktion als Anstiftung zu Untreue die fruchtlos versuchte Bestechung Privatangestellter straflos bleiben, und insofern wäre dann allerdings ein gewisser Vorzug zu Gunsten des englischen Gesetzes zu konstatieren, da nach diesem auch die versuchte Bestechung mit Strafe belegt werden kann.

§ 14. Schlusswort.

Durch die obigen Ausführungen glauben wir, den Nachweis erbracht zu haben, dass eine gesetzgeberische Bekämpfung des Schmiergelderunwesens dringend not tut. Wir stimmen also darin mit dem deutschen Handelstag überein, dass die gegenwärtigen Zustände als unhaltbar anzusehen sind und energisches Eingreifen verlangt werden muss. Dagegen vermögen wir nicht den Erlass eines Spezialgesetzes zu befürworten, wie es der deutsche Handelstag in seinem Antrag vom 27. November 1905 getan hat; [1]) vielmehr dürfte unseres Erachtens ein in zweckmässiger Weise ausgestalteter Untreueparagraph den Bedürfnissen der Handelswelt vollkommen genügen. Ob dabei der von uns empfohlene Freudenthalsche Vorschlag akzeptiert wird oder nicht, spielt selbstverständlich keine Rolle; worauf es ankommt, ist lediglich, dass eine möglichst allgemeine Fassung der Untreue gewählt wird, welche die Gewähr dafür bietet, dass nicht in kurzer Zeit wieder neue Gesetzeslücken auftauchen können.

Möchte die vorliegende Arbeit in der Richtung gewirkt haben, dass weitere juristische Kreise dem Schmiergelderunwesen ihre Aufmerksamkeit zuwenden!

---

[1]) Beling, Die Lehre vom Verbrechen. S. 468.

[1]) Den Wortlaut des Antrags s. Seite 4 oben.

Anhang.

An Act for the better Prevention of Corruption

(4th August 1906).

Be it enacted by the King's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows: —

Die Annahme von Geschenken seitens eines Angestellten. „Bestechlichkeit".

1. (1) If any agent corruptly accepts or obtains, or agrees to accept or attempts to obtain, from any person, for himself or for any other person, any gift or consideration as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having after the passing of this Act done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business; or

Das Gewähren von Geschenken seitens eines Dritten. „Bestechung".

If any person corruptly gives or agrees to give or offers any gift or consideration to any agent as an inducement or reward for doing or forbearing to do, or for having after the passing of this Act done or forborne to do, any act in relation to his principal's affairs or business, or for showing or forbearing to show favour or disfavour to any person in relation to his principal's affairs or business; or

Ausstellen falscher Belege seitens eines Dritten nnd Gebrauchmachen von denselben zum Zwecke der Täuschung des Prinzipals.

If any person knowingly gives to any agent, or if any agent knowingly uses with intent to deceive his principal, any recept, account, or other document in respect of which the principal is interested, and which contains any statement which is false or erroneous or defective in any material particular, and which to his knowledge is intended to mislead the principal; he shall be guilty of a misdemeanour, and shall be liable on conviction on indictment to imprisonment, with or without hard labour, for a term not exceeding two years, or to a fine not exceeding five hundred pounds, or to both such imprisonment and such fine, or on summary conviction to imprisonment with or without hard labour, for a term not exceeding four months, or to a fine not exceeding fifty pounds, or to both such imprisonment and such fine.

(2) For the purposes of this Act the expression „consideration“ includes valuable consideration of any kind; the expression „agent“ includes any person employed by or acting for another; and the expression „principal“ includes an employer.

Authentische Interpretation der Ausdrücke „consideration“ „agent“ und „principal“.

(3) A person serving under the Crown or under any corporation or any municipal, borough, county, or district council, or any board of guardians, is an agent within the meaning of this Act.

Auch Beamte fallen unter den Begriff „agent“.

2. (1) A prosecution for an offence under this Act shall not be instituted without the consent, in England of the Attorney-General or Solicitor General, and in Ireland of the Attorney-General or Solicitor-General for Ireland.

Prozessuale Vorschriften.

(2) The Vexatious Indictments Act, 1859, as amended by any subsequent enactment, shall apply to offences under this Act as if they were included among the offences mentioned in section one of that Act.

(3) Every information for any offence under this Act shall be upon oath.

(4) The expenses of any prosecution on indictment under this Act shall be defrayed as in cases of indictment for felony.

(5) A court of quarter sessions shall not have jurisdiction to inquire of, hear, and determine prosecutions on indictments for offences under this Act.

(6) Any person aggrieved by a summary conviction under this Act may appeal to a court of quarter sessions.

3. This Act shall extend to Scotland, subject to the following modifications:

Ausführungsbestimmungen für Schottland.

(1) Section two shall not extend to Scotland:

(2) In Scotland all offences which are punishable under this Act on summary conviction shall be prosecuted before the sheriff in manner provided by the Summary Jurisdiction (Scotland) Acts.

4. (1) This Act may be cited as the Prevention of Corruption Act, 1906.

Bezeichnung des Gesetzes.

(2) This Act shall come into operation on the first day of January nineteen hundred and seven.

Tag des Inkrafttretens.

The Commonwealth of Australia.

Secret Commissions.

No. 10 of 1905.

An Act, relating to Secret Commissions, Rebates, and Profits.

(Assented to 16th November 1905.)

Be it enacted by the King's Most Excellent Majesty, the Senate, and the House of Representatives of the Commonwealth of Australia as follows:

Bezeichnung des Gesetzes.

1. This Act may be cited as the Secret Commissions Act 1905.

Anwendungsgebiet.

2. This Act applies to trade and commerce with other countries and among the States, and to agencies of and contracts with the Commonwealth or any Department or officer thereof.

3. In this Act —

Definition der Begriffe „agent", „agency", „consideration", „full knowledge" und „principal".

„Agent" includes any corporation, firm, or person employed by or acting or having been acting or desiring or intending to act for or on behalf of any other corporation, firm, or person, whether as agent, partner, factor, broker, servant, trustee, director, or in any other capacity, and whether he acts in the name of the principal or in any other name, and in the case of a firm includes a member of the firm. It also includes a person serving under the Crown.

„Agency" has a meaning corresponding with that of „agent".

„Consideration" means valuable consideration of any kind, and particularly includes discounts, commission and rebates, bonuses, deductions and percentages, and also employment or an agreement to give employment in any capacity.

„Full knowledge" means knowledge of all material facts and circumstances.

„Principal" includes a corporation, firm, or person who employs the agent or for or on behalf of whom the agent acts or has been acting or desires or intends to act.

Anbieten und Annahme heimlicher Geschenke.

4. (1) Any person who, without the full knowledge and consent of the principal, directly or indirectly —

(a) being an agent of the principal accepts or obtains or agrees or offers to accept or obtain from any person for himself or for any person other than the principal; or

(b) gives or agrees to give or offers to an agent of the principal or to any person at the request of an agent of the principal any gift or consideration as an inducement or reward —

(I) for any act done or to be done, or any forbearance observed or to be observed, or any favour or disfavour shown or to be shown, in relation to the principal's affaires or business, or on the principal's behalf; or

(II) for obtaining or having obtained or aiding or having aided to obtain for any person an agency or contract for or with the principal.

shall be guilty of an indictable offence.

Penalty: In the case of a corporation, One thousand pounds; in the case of any other person, two years' imprisonment or Five hundred pounds, or both.

Vermutung, dass die Geschenke zu Bestechungszwecken gegeben wurden.

(2) A gift or consideration shall be deemed to be given as an inducement or reward if the receipt or any expectation thereof would be in any way likely to influence the agent to do or to leave undone something contrary his duty.

Ausstellen falscher Belege und Gebrauchmachen von solchen.

5. Any person who —

(a) gives to an agent; or

(b) being an agent receives or uses,

with intent to deceive the principal, any receipt, account, or document in respect of which the principal is interested, or in relation to a dealing, transaction, or matter in which the principal is interested, the receipt, account, or document being false, erroneous, or defective in any material particular, or likely in any way to mislead the principal, shall be guilty of an indictable offence.

Penalty: In the case of a corporation, One thousand

pounds, in the case of any other person, two years' imprisonment or Five hundred pounds, or both.

Heimliches Kontrahieren mit sich selbst oder mit Firmen, an denen der Angestellte in irgend einer Weise beteiligt ist.

6. Any agent who, without the full knowledge and consent of the principal, buys from or sells to himself, or any firm of which he is a partner, or any company of which he is a director, manager, officer, or employee, or in which he or any person for him or on his behalf is a shareholder, any goods for on behalf of his principal, shall be guilty of an indictable offence.

Penalty: In the case of a corporation, One thousand pounds; in the case of any other person, two years' imprisonment or Five hundres pounds, or both.

Zivilrechtlicher Anspruch auf Herausgabe der Geschenke unabhängig vom Strafverfahren.

7. (1) Where any gift or consideration has in contravention of this Act been given any person to an agent, the principal may, in any court of competent federal jurisdiction, recover the amount or the money value thereof either from the agent or from the person who gave the gift or consideration to the agent.

(2) No conviction or acquittal of the defendant in respect of an offence under this Act shall operate as a bar to proceedings under this section.

Belastende Geständnisse.

8. No person shall in any civil or criminal proceeding be excused from answering any question, put either vivâ voce or by interrogatory, or from making any discovery of documents on the ground that the answer or discovery may criminate or tend to criminate him in respect of an offence against this Act; but his answer shall not be admissible in evidence against him in any criminal proceeding, other than a prosecution for perjury.

Beweis.

9. In any civil or criminal proceeding under this Act evidence shall not be admissible to show that any such gift or consideration as is mentioned in this Act is customary in any trade or calling.

Beihilfe.

10. Whoever aids abets counsels or procures or is in any way directly or indirectly knowingly concerned in or privy to —

(a) the commission of any offence against this Act; or

(b) the commission outside Australia of any act, in relation to the affairs or business or on behalf of a principal resi-

ding in Australia, which if committed in Australia would be an offence against this Act,

shall be deemed to have committed the offence and be punishable accordingly.

11. Every information (other than an indictment) for any offence under this Act shall be upon oath.

Eidliche Aussagen erforderlich.

Printed and Published for the Government of the Commonwealth of Australia by Robt. S. Brain, Government Printer for the State of Victoria.

Nachtrag.

Während der Korrektur und unmittelbar vor deren Abschluss erschien in Nr. 23 des XIII. Jahrgangs der Deutschen Juristenzeitung auf Seite 1335/1336 ein Aufsatz von O. C. Kiep, Glasgow, „gegen das Schmiergelderunwesen". In einer Anmerkung zu diesem Artikel schlägt die Redaktion der D. J. Z. eine Strafbestimmung vor, welche den §§ 332, 333 St.G.B. nachgebildet ist. Eine solche Strafbestimmung dürfte sich jedoch, wie in vorliegender Arbeit bereits eingehend dargetan ist, nicht empfehlen, und halten wir daher unseren Vorschlag de lege ferenda in vollem Umfang aufrecht.



Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke**,

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 96.

Der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung

im Vergehen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte.

§ 113 St.G.B.

Von

Dr. jur. Heinrich Mersmann.

BRESLAU 1909.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Der Begriff
der Rechtmässigkeit der Amtsausübung

im Vergehen des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte.

§ 113 St.G.B.

Von

Dr. jur. Heinrich Mersmann
Referendar in **Kiel.**

BRESLAU 1909.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen

von

Professor Dr. jur. et phil. Moritz Liepmann, Kiel.

§ 113 St.G.B.

(Abs. 1.) Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während der rechtmässigen Ausübung seines Amtes tätlich angreift, wird mit Gefängnis von 14 Tagen bis zu 2 Jahren bestraft.

Literaturverzeichnis.

I. Zeitschriften, Sammlungen, Materialien.

Annalen des Kgl. Sächsischen Oberappallationsgerichts zu Dresden. Neue Folge

Arch. d. Krim. = Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge.

Arch. f. ö. R. = Archiv für öffentliches Recht, herausgegeben von Laband und Stoerk. Freiburg i. B.

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. Berlin, im Juli 1869 (R. v. Decker's Verlag).

Goltd. Arch. = Archiv für Gemeines Deutsches und für Preussisches Strafrecht, begründet durch Goltdammer.

Grotefend, Preussisch-Deutsche Gesetzsammlung.

G. S. = Der Gerichtssaal, Zeitschrift für volkstümliches Recht und wissenschaftliche Praxis.

Motive zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, nebst Anlagen. Berlin, im Juli 1869 (R. v. Decker's Verlag).

Oppenhoff, Rechtspr. = Die Rechtsprechung des Preussischen Obertribunals in Strafsachen von Dr. F. C. Oppenhoff. 1861 ff.

Petzold, Die deutsche Strafrechtspraxis. Stuttgart 1877.

R.G.E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

R.G.R. = Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.

Schleswig-Holsteinische Anzeigen, redigiert von Mitgliedern des Kgl. Oberlandesgerichts in Kiel.

Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft.

Stenogr. Ber. = Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstags.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal.

Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, herausgegeben von Gotthard und Koch.

II. Textausgaben, Kommentare.

Bayern, Die Strafgesetzgebung für das Königreich B., herausgegeben von der Redaktion der „Gesetzgebung des K. R. Bayern mit Erläuterungen". Erlangen 1864.

Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten. Leipzig 1851.

C. C. C. = Kaiser Karls des fünften und des Heil. Röm. Reichs Peinliche Gerichtsordnung. Nach der ältesten Ausgabe vom Jahr 1533 abgedruckt.

Frank = Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Dr. Reinhard Frank. Aufl. 3. Leipzig 1903.

Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten. Berlin 1851/52. Aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuchs zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert. 2 Teile.

Hye = Das österreichische Strafgesetzbuch über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und die Pressordnung vom 27. Mai 1852, erläutert von Dr. Anton Hye, Ritter von Glunek. Wien 1855.

v. Lassberg, Der Schwabenspiegel oder Schwäbisches Land- und Lehen-Rechtsbuch. Tübingen 1841.

Olshausen = Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von Dr. Justus Olshausen. Aufl. 7 unter Mitwirkung von Dr. A. Zweigert. Bd. I. Berlin 1905.

Oppenhoff, Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten. Ausg. 5. Berlin 1867.

— Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Ausg. 3. Berlin 1873. 10. Ausg. Berlin 1885.

Oppenhoff-Delius — Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert von Dr. Friedrich Oppenhoff, fortgeführt von Dr. Theodor Oppenhoff, Ausg. 14 von Dr. Hans Delius. Berlin 1901.

Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar. Aufl. 2. Berlin 1877.

— St.G.B. Textausgabe mit Anmerkungen. Aufl. 21 von Appelius. Berlin 1903 (Guttentag).

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1871. Aufl. 5. 1884.

Stenglein, Sammlung der Deutschen Strafgesetzbücher. 3 Bde. München 1858.

Weiske, Der Sachsenspiegel (Landrecht), nach der ältesten Leipziger Handschrift herausgegeben von Prof. Dr. Julius Weiske, neu bearbeitet von Prof. Dr. P. Hildebrand. Aufl. 7. Leipzig 1895.

III. Lehrbücher, Handbücher, Monographien, Aufsätze.

Allfeld, siehe Hugo Meyer.

Arnold, Erfahrungen aus dem bayrischen Strafgesetzbuche vom Jahr 1813 und Betrachtungen darüber. Arch. d. Krim. 1843. S. 396 ff.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Aufl. 8. Leipzig 1876.

— Die Notwehrtheorie, Arch. d. Krim. 1848. S. 547 ff., bes. S. 558.

Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. II. Abteilung 2. Leipzig 1905.

— Handbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. I. 1885.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I. Aufl. 2. Leipzig 1890. Bd. II. 1877.
Bolze, Über den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 113 des R.St.G.B., Goltd. Arch. Bd. 23. 1875. S. 389 ff.
Borchardt, Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die rechtmässige Ausübung der Amtsgewalt im Sinne des § 113 St.G.B. Diss. Greifswald. 1903.
Brauer, Über den Tatbestand des Verbrechens der Widersetzlichkeit. G.S. X 1858, S. 360 ff.
van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht. München und Leipzig 1891.
Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, vermehrt und umgearbeitet von Nicol. Thadd. v. Gönner. Ausg. 5. Stuttgart 1822.
Eberhard, Das Verhältnis des § 113 zum § 117 St.G.B. Diss. Tübingen. 1897.
Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Rechte des Deutschen Reichs und der grösseren Gliedstaaten desselben. Arch. f. ö. R. Bd. I. Freiburg i. B. 1886. S. 108 bis 145, 355—424, bes. S. 128 ff.
Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechtes. 12. Originalausgabe, herausgegeben von Mittermaier. Giessen 1836.
Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2. Bde. Leipzig 1862.
Goltd. Arch. Bd. V. Berlin 1857. S. 35 ff. „Über den Tatbestand des gewaltsamen Widerstandes gegen Beamte."
Grattenauer, Über die Notwehr. Ein Beitrag zur wissenschaftlichen Behandlung des Kriminalrechts. Breslau 1806.
Grävell, Abhandlung über die Theorie der Injurien, der Schmähschriften und der Notwehr. Arch. d. Krim. III. 1820. S. 189 ff.
v. Grolmann, Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft. Aufl. 3. Giessen 1818.
Guggenheimer, Irrtum des Thäters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Vergehen des Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Diss. München. 1883.
Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, bes. Bd. II, Abt. 2. Bonn 1887. S. 805.
Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts 1845. Bd. I.
Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik, Teil I u. III. 1823 u. 1830.
Hepp, Die politischen und die unpolitischen Staats-Verbrechen und -Vergehen nebst angrenzenden Amtsverbrechen und Polizeiübertretungen nach gemeinem württembergischen Rechte. Tübingen 1846.
Hiller, Die Rechtsmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe des Vergehens der Widersetzlichkeit (§ 113 des R.St.G.B.). Habilitations-Schrift. Würzburg 1873.
— in G.S. 27 S. 1 ff. Zur Irrtumsfrage beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. § 113 d. R.St.G.B.

v. Holtzendorffs Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen.
Bd. III. S. 115, 129. (John.) Berlin 1872.
Bd. IV. S. 309. (Meves.) Berlin 1874.

John, siehe v. Holtzendorffs Handbuch.

v. Jagemann, Das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt. Arch. d. Krim. 1842. S. 593 ff., 1843, S. 49 ff.

Jarke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf die Bestimmungen der preuss., österreich., bayerischen und französ. Strafgesetzgebung. Bd. I. Berin 1827.

v. Kallina, Notwehr gegenüber Amtshandlungen. Prag 1898.

v. Kirchenheim, Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten. G. S. Bd. XXX. 1878. S. 172 ff.

Kitz, Zur Begriffsbestimmung des Verbrechens der Widersetzung gegen die Obrigkeit. Arch. d. Krim. 1846. S. 412 ff., S. 525 ff.

Klein, Grundsätze des Gemeinen Deutschen und Preussischen Peinlichen Rechts. Halle 1796.

Kleinfeller, Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten, in
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Allgemeiner Teil. Bd. 1 S. 269 ff.

Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. Tübingen 1845.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1890 ff. Bd. I.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Aufl. 2. Bd. I. Freiburg i. B. 1888.

Levita, Das Recht der Notwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung. Giessen 1856.

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Aufl. 12 u. 13. Berlin 1903.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Teil 2: Das materielle Strafrecht. Berlin 1904.

Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und partikularen Strafrechtes. Bd. I. Jena 1847.

— Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte. Bd. II.: Über den Tatbestand des Verbrechens. Göttingen 1840.

Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen Kriminalrechts mit besonderer Rücksicht auf das im Jahre 1813 publizierte St.G.B. für das Königreich Bayern. Ausg. 2. Heidelberg 1822.

Merkel, Lehrbuch des Strafrechts. 1889.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 2 Bde. Leipzig 1895/1896.

Mayer, Max Ernst, Widerstand gegen die Staatsgewalt, in
Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1: Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Staatsgewalt. Berlin 1906. S. 349 ff.

— Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. Aus der Strassburger Festschrift für Paul Laband. Tübingen 1908.

Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1895. 6. Aufl. von Allfeld. 1907.
Meves, siehe v. Holtzendorffs Handbuch.
v. Mohl, Robert, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. In Monographien dargestellt. Bd. I. Erlangen 1855.
Neumann, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstande gegen die Staatsgewalt. § 113 des R.St.G.B. Goltd. Arch. Bd. 22. Berlin 1874. S. 216 ff.
Otto, Bemerkungen zu Artikel 142 und Artikel 143 des (Sächs.) St.G.B. Annalen des Kgl. Sächs. Oberapalletionsgerichts zu Dresden. Bd. II. S. 338 ff.
Pfeiffer, Beiträge zur Interpretation des § 113 St.G.B. Diss. Marburg. 1895.
Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs. Leipzig 1871.
Schwab, Kritik der Bestimmungen des württembergischen Strafgesetzbuchs über die Beleidigung der Amtsehre und die Widersetzung. Arch. d. Krim. 1846. S. 254 ff.
Schwarze, Kritik des Entwurfs eines St.G.B. für die Preussischen Staaten. Beilageheft zum Arch. d. Krim. 1843. Bes. S. 100 f.
Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte. Bd. I. Tübingen 1858.
v. Streit, Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt (§ 113 R.St.G.B.). Berlin 1892.
Temme, Lehrbuch des Preussischen Strafrechts. Berlin 1853.
Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde. Teil II. Halle 1807.
Wächter, Dr. Karl Georg, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. 2 Teile. Stuttgart 1825/26.
v. Wächter, Carl Georg, Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, herausgeg. von O. v. Wächter. Leipzig 1881.
Zachariä, Über die Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Beamte. Arch. d. Krim. 1843. S. 344 ff.
Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig. Jahrg. 18. S. 7 ff., S. 154 f. Braunschweig 1871.

Inhalts-Übersicht.

Seite

Vorwort 1

Erster Teil.

Geschichte des Widersetzungsdelikts.

I. Bis zum Preussischen Strafgesetzbuch von 1851 . . . . 3— 21
II. Das Preussische Strafgesetzbuch von 1851 . . . . 21— 27
III. Das Reichsstrafgesetzbuch . . . . 27— 42

Zweiter Teil.

Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung.

I. Entwicklung des Begriffs im allgemeinen . . . . 43— 61
II. Die Begriffserfordernisse im einzelnen . . . . 62— 64
1. Beziehungen der Amtshandlung zum Beamten . . . . 64— 68
2. Art und Weise des Vollzugs . . . . 68— 83
3. Sachliche Voraussetzungen.
a) Vollstreckung nach Massgabe von Gesetzen . . . . . 83— 93
b) Vollstreckung nach Massgabe einer Anordnung . . . . 93—116
III. Die Rechtmässigkeit als Merkmal des subjektiven Tatbestandes . 116—122

Schlussbetrachtung.

Gedanken de lege ferenda . . . . 123—132

Vorwort.

Wenn im folgenden versucht werden soll, die Frage nach der „Rechtmässigkeit der Amtsausübung im § 113" von neuem einer eingehenden Erörterung zu unterziehen, so geschieht dies nicht ohne schwerwiegende Bedenken. Denn jeder, der sich in die gerade bei diesem Paragraphen besonders umfangreiche Spezialliteratur eingearbeitet hat, wird mir darin beipflichten, dass gar mancher der betreffenden Autoren die Erfassung dieses im § 113 gestellten Problems nur wenig gefördert hat, so dass es auch heute noch einer hinreichend begründeten Lösung harrt.

Es ist aber andererseits nicht zu verkennen, dass die Fragen des § 113 noch in der Entwicklung begriffen sind — der § 113 ist nur ein Glied dieser Entwicklung. Denn die Erwägung: Soll der Gesetzgeber für die Organe des Staates, für die Beamten, welche den Staatswillen unmittelbar zur Vollziehung bringen, unbedingten, wenigstens im Augenblick des Vollzugs widerspruchslosen Gehorsam von den Untertanen fordern, oder soll letzteren das Recht eingeräumt werden, die im Gesetz begründete Berechtigung des Beamten zu seinem Vorgehen in jedem Einzelfalle zu prüfen, und wo liegen die mit der Ordnung und Sicherheit im Staate vereinbarten Grenzen dieses Prüfungsrechts. — Diese Erwägungen sind so eng mit den wichtigsten Grundsätzen unseres Staatslebens, insbesondere mit der Auffassung des Verhältnisses von Staatsgewalt und Untertanen, von Regierung und Regierten verwachsen, dass der Wandel in diesen Anschauungen sich notwendig in den einschlägigen strafgesetzlichen Bestimmungen widerspiegeln muss.

Damit ist aber zugleich die Berechtigung für unsere Untersuchung gegeben. Mehr als ein ganzes Menschenalter ist vergangen seit der Schaffung unseres Reichsstrafgesetzbuchs. Wir stehen mitten in den eifrigsten Vorbereitungen für eine gründliche Reform des Strafrechts. Da ist es wie zu keiner anderen Zeit nötig, sich darüber klar zu werden:

Steht denn unser geltendes Recht, steht der § 113 mit seinem Erfordernis der rechtmässigen Amtsausübung in Einklang mit den erwähnten Anschauungen unseres Volks? Kurz, was ist der Sinn dieses Paragraphen? Für die Beantwortung dieser Frage hat man die verschiedensten Wege eingeschlagen. Aber gerade in der Wahl des Weges liegt bei dieser Frage der Kerngrund für die Verschiedenheit im Ergebnis. Es erscheint deshalb von ganz besonderem Werte, sich vor Eintritt in die sachliche Erörterung kurz mit der Geschichte des § 113 und seiner Literatur zu beschäftigen, schon aus dem Grunde, um den staatsrechtlichen Erwägungen in der Interpretation der strafgesetzlichen Bestimmung des § 113 die richtige Stellung anzuweisen: „Die geschichtliche Auffassung ist zunächst nicht Zweck, sondern Mittel zum Verständnisse des Rechts der Gegenwart.“ [1])

---

[1]) Hye, Ritter von Glunek, Das österr. Strafgesetz von 1852, Vorerinnerung zu Bd. I S. XIII. Wien 1855.

Erster Teil.

Geschichte des Widersetzungsdelikts.

I. Bis zum Preussischen Strafgesetzbuch von 1851.

Ein besonderes Delikt des „Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte" taucht erst in der neueren Rechtsentwicklung auf. Bis zur Mitte des 15. Jahrhunderts [1]) finden sich nur an zwei Stellen Ansätze zu einem solchen, einmal in den römisch-rechtlichen Strafbestimmungen des crimen vis und der iniuria, denen wenigstens ein Teil der Widerstandsfälle unterstellt wurde,[2]) und dann in den Strafnormen der deutschen Stadtrechte gegen die Vergewaltigung von Stadtdienern, Wachen, Richtern und Beamten, hier aber auch nur in enger Verknüpfung mit dem Delikt des Auflaufs und Aufruhrs.[3]) Freilich hat auch sonst die Rechtsentwicklung bis 1750 eine nicht zu unterschätzende Vorarbeit für die Schaffung eines Widerstandsdelikts geleistet. Zahlreiche Belege: z. B. der Grundsatz des Sachsenspiegels III 78 § 6 und des Schwabenspiegels § 151 (152):[4])

> Wundet ouch ein man sînen herren oder slêt her in tôt an nôtwere, her en tût wider sînen trûwen nicht, ab (wenn) die nôt ûf (gegen) in mit rechte volbrâcht wirt (Sachsensp.)

---

1) Eingehende Darstellungen dieser Entwicklung bezw. Beiträge zu ihrer Kenntnis befinden sich bei v. Streit S. 20 ff., Borchardt S. 18 ff. und den bei beiden zitierten Autoren, Hiller, Rechtmässigkeit S. 4 ff., Brauer im G.S. X 1858 S. 360 ff. Geib, Lehrb. II S. 228, Binding, Lehrb. S. 758 und v. Kallina, Notwehr gegenüber Amtshandlungen S. 4 ff.

2) Vergl. Borchardt S. 19, Zachariä, Archiv des Crimin. 1843. S. 344 f., Seeger, Abhandlungen, Bd. I S. 308, Henke, Handbuch, Bd. III S. 208.

3) Liszt, Lehrbuch § 171 II (S. 554).

4) Nach der Senkenbergschen (von der Bahrschen) Ausgabe. § 198.

Und wundet ein man sinen herren, der sleht in zetode in notwer. er tuot wider sinen triwen niht (Schwabensp.)

ferner Sachsensp. Buch III Art. 78 § 2:

Der man mûz ouch wol sîne kunge vnd sîne richtêre vnrechtes widerstên vnd sân (sogar) helfe weren (abwehren) zu aller wîs, al (selbst wenn) sî her sîn mag oder sîn herre, vnd en tût dar an wider sîne trûwe nicht

dann das kleine Kaiserrecht II 117:

Der keiser ist dem minsten menschen gleich, tut er unrecht .... der keiser sal keiser sin die wile er recht tut

und nicht in letzter Linie schliesslich die Art. 140—142 der C.C.C. vom Jahre 1532,[1]) welche zunächst im Anschluss an die Bestimmung, „was eyn rechte notweer ist", dem Täter und nicht dem Ankläger den Beweis für eine behauptete Notwehr auferlegen, alsdann aber fortfahren:

(Art. 142) Item so der anklager der ersten tödtlichen anfechtung oder benötigung darauff, als obsteht, die notweer gegründt, bekenntlich ist, oder bestendig mit verleugknen kan, vnd dagegen sagt, dass der todtschläger darumb keyn rechte entschuldigte notweer getan haben soll, wann der entleibt het fürgewendter bekenntlicher anfechtigung oder benötigung, rechtmessig vrsach gehabt, als geschehen möcht, So .... dem entleibten hett gebürt den verklagten totschläger von ampts wegen zu fahen, vnd die notturfft erfordert jn mit waffen solcher gefengknuss halb zu bedrohen, zwingen vnd nöttigen, dass er also inn recht zulessiger weiss gethon hett....... Sollich obgemelt vnd ander dergleichen fürgeben soll der ankläger wo er das geniessen will, ... beweisen ....

alle diese Belege zeugen dafür, dass man bereits im Mittelalter der Frage nach dem Widerstandsrecht der Untertanen wie überhaupt der Frage: Gibt es wie gegen Private so auch gegen den Staat ein Notwehrrecht, ein Recht zur Abwehr unrechter Angriffe, rege Aufmerksamkeit widmete. Es war dies die der strafrechtlichen Denkweise angepasste Form der grossen grundsätzlichen Frage des Staatsrechts, die von jeher, besonders aber im Mittelalter, den Gegenstand lebhaftester Erörterung gebildet und zu geistigen Fehden geführt hat: Kann der Staat von seinen Untertanen einen absoluten und unbedingten Gehorsam ver-

[1]) Wörtlich nachgebildet den Art. 165/167 der Bambergensis von 1507 und den Art. 146/148 der Brandenburgica von 1516, cf. v. Kallina, Notwehr, S. 15.

langen, oder ist für die letzteren lediglich die Pflicht zu verfassungsmässigem Gehorsam vorhanden? Dass in diesen Fragen Klarheit geschaffen sein musste, bevor man an eine vernünftige Normierung eines Widerstandsdelikts denken konnte, ist bereits im Vorwort angedeutet. Dennoch müssen wir an dieser Stelle auf ihre eingehende geschichtliche Darstellung und auf den Nachweis der interessanten Wechselwirkung zwischen Strafrecht und Staatsrecht in diesem Punkte verzichten.[1]) Es würde uns weiter führen, als dem unmittelbaren Zweck unserer Untersuchung dienlich wäre. Denn dieser Zweck kann nur der sein, einen kurzen Überblick über jene Geisteserzeugnisse zu geben, welche die unmittelbare Grundlage, das Fundament für das im § 113 vor uns stehende Gesetzeswerk bilden. Deshalb setzen wir im folgenden in unserer Darstellung erst mit dem 19. Jahrhundert ein.

Allerdings deuteten wir schon an, dass bereits um 1750 die ersten erfolgreichen Versuche zur Normierung eines einheitlichen, selbständigen Widerstandsdelikts sich zeigen. Während der codex iuris Bavarici criminalis vom 7. Oktober 1751 in Cap. 8 § 6 jeden der rechtmässigen d. h. rechtmässig bestellten Obrigkeit geleisteten Widerstand als crimen vis publicae bestraft, ahnden die constitutio criminalis Theresiana vom 31. Dezember 1768 Art. 73 § 6 und das bald darauf sie verdrängende josephinische Strafgesetzbuch von 1787 § 56 den Widerstand gegen obrigkeitliche Personen als Verbrechen der öffentlichen Gewalt, beide nur mit dem wichtigen Unterschiede, dass das erstere Gesetzbuch im weitesten Umfang auch gegen die Obrigkeit Notwehr zulässt, während das letztere Notwehr in „Amtssachen“ nicht anerkennt und jeden bestraft, der sich dem Richter, einer vorgesetzten obrigkeitlichen Person oder ihrem Abgeordneten in Amtssachen, folglich auch denjenigen, so sich einer Wache oder einem Wächter in Vollziehung des obrigkeitlichen Befehls mit gewaltsamer Handanlegung widersetzt, auch wenn von der Widersetzung keine Verwundung erfolgt ist. Die genannten Bestimmungen haben aber im Verhältnis zu den Normen der späteren Gesetzbücher nicht eine so grosse Bedeutung, dass sie eingehender besprochen zu werden brauchen.[2])

---

[1]) Eine interessante und mit reichen Belegen versehene geschichtliche Auseinandersetzung über diese Fragen findet sich bei R. v. Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. I S. 320 ff.

[2]) Auf das Pr. Allg. Landrecht werden wir im Laufe der Darstellung zu sprechen kommen.

Die ersten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts sind die Zeit des Übergangs vom Absolutismus zum Konstitutionalismus. Gerade eine solche Zeit musste die Ausgestaltung unseres Delikts anregen und fördern. Denn wenn die Rechte der Untertanen in den Verfassungen und Gesetzen immer schärfer formuliert und auch ihrem Umfange nach immer weiter ausgedehnt wurden, so war es nur eine verständliche Reaktion, wenn auf der anderen Seite auch die unberechtigten Angriffe auf den Staat energischer wie bisher zurückgewiesen und bestraft wurden. Was waren aber unberechtigte Angriffe in Fällen, in denen es sich um staatliche Vollstreckung und den ihr geleisteten Widerstand handelte? Sollten auch hier die zum Teil erst vor kurzem geschaffenen gesetzlichen und verfassungsmässigen Rechte der Untertanen den Massstab liefern oder durfte das „Recht der Vollstreckung" ein beschränktes, von der Staatsraison und der Rücksicht auf den Beamten diktiertes Ausnahmerecht bilden? Diese Frage, schon in einer klar ausgeprägten, einheitlichen Staatsform nur schwer zu entscheiden, musste die schroffsten Meinungsverschiedenheiten zeitigen in dieser Periode aufregender politischer Umwälzungen und erbitterten Kampfes der verschiedensten Staatsanschauungen. Wir können unmöglich alle hierher gehörigen Autoren dieser Zeit zu Worte kommen lassen; [1] nur die wichtigsten wollen wir herausheben, jene, die am markantesten die Ideen ihrer Zeit und ihrer Geistesrichtung zum Ausdruck gebracht haben. Hierbei treten vier Grundanschauungen über die Strafbarkeit des Widerstandes bezw. über das Widerstandsrecht gegen Amtshandlungen hervor. Die erste, die Vertreterin des absoluten Staates, entbindet von der Gehorsamspflicht gegen Vollzugsbeamte nur bei dolosem Verhalten derselben. Die zweite will auch fahrlässiger Verschuldung des Beamten diese Wirkung zusprechen. Noch einen Schritt weiter, von den ersten beiden bereits wie durch eine tiefe Schlucht getrennt, geht die dritte Theorie. Sie abstrahiert von der Person des Beamten und verlangt nur gegen solche Amtshandlungen Gehorsam, die sich nicht als offenbar objektive Rechtswidrigkeit darstellen. Der damit nur im Prinzip angenommene Gedanke findet sich schliesslich in der vierten Ansicht konsequent durchgeführt: Die Amtshandlung selbst, losgelöst von der Person des handelnden

[1]) Insbesondere können begreiflicherweise eine Reihe von Kommentaren zu den einzelnen Landesstrafgesetzbüchern (der ersten Hälfte des 19. Jahrh.), soweit sie nicht ganz übergangen werden, blosse Erwähnung finden, obgleich sie von der wissenschaftlichen Kritik grosse Anerkennung geerntet haben.

Beamten ist gleichsam vor das Tribunal des Gesetzes zu stellen, nur objektive Ungesetzmässigkeit rechtfertigt die Straflosigkeit geleisteten Widerstands. Doch nun zu den Autoren selbst! —

„Unter keinerlei Umständen kann es unbedingt erlaubt sein, sich selbst, und zwar mit Gewalt, gegen den Staat Recht zu nehmen.“ Das ist die These, welche v. Jagemanns Abhandlung im Arch. d. Krim. 1842 (S. 599 ff.) zu Grunde liegt und von ihm mit manchen historischen und sachlichen Gründen verteidigt wird. Die einzige Konzession, die er an das Recht des Untertanen zu straflosem Widerstand macht, liegt darin, dass er von dem vollstreckenden Beamten die Absicht verlangt, den Staatswillen zu vollziehen: „Sobald der Agent des Staates in Leidenschaft übergeht und seine Privatabsichten durchsetzen will, sobald er überhaupt böslicherweise und wider besseres Wissen handelt, steht er ausser dem Schutz des Gesetzes und darf in seine Grenzen zurückgewiesen werden.“ „Im übrigen aber gibt es dem Vollziehungsbeamten gegenüber gar keine Notwehr im gesetzlichen Sinne, also keine gerechte Notwehr. Mag es auch noch so hart erscheinen, so kann man doch in keinem Falle und selbst im grellsten nicht, wo die Diener der öffentlichen Macht in Roheit ausarten und sich Körperverletzungen erlauben, ja wo das Leben des Untertanen in Gefahr kommt, die Widersetzung gegen die Beamten von Gesetzes wegen billigen.“

Es ist dieser Grundsatz nach v. Jagemann eine Forderung unerbittlicher Notwendigkeit. Denn die Beamten sind im Momente eines Tumultes oder sonst einer verbrecherischen Tat gar nicht im stande, zu ermessen, ob alle Voraussetzungen ihres Einschreitens gegeben sind, und wenn sie selbst auch dies verneinen zu müssen glauben, so ist es noch die Frage, ob nicht ihre Vorgesetzten darüber anderer Ansicht sind und ihnen bei untätigem Verhalten einen Verweis erteilen werden.

Zudem liegt unter Umständen in dem Widerstand des Staatsbürgers — z. B. wenn er (fälschlich), eines Verbrechens bezichtigt, auf Befehl des Inquirenten zur Haft gebracht werden soll und sich dabei widersetzt, weil er an der Kompetenz des Inquirenten zweifelt — geradezu eine gewaltsame Selbstentscheidung des Verfolgten über die gegen ihn erhobene Anklage, und eine solche Anomalie gegen alle Rechts- und Staatsordnung kann von niemandem gebilligt werden. Nur der Richter hat das Recht zu sprechen. — Bei Beurteilung einer Widerstandshand-

lung aber hat der Richter lediglich zu prüfen, ob der Beamte nicht wider besseres Wissen gehandelt hat. Muss er dies verneinen, so hat er zu verurteilen, ganz gleichgültig, ob der Beamte im Rahmen seiner gesetzlichen Zuständigkeit geblieben ist oder nicht. Denn sonst würde das Ansehen der Regierung leicht aufs empfindlichste geschwächt. „Dieselbe müsste am Ende mit einer Schüchternheit auftreten, als wollte sie ihr Recht mehr erbitten als erheischen." Ja, der Weg zu einer legalen Revolution würde damit angebahnt, denn wenn man dem Untertan bei ungesetzmässigem Vorgehen des Beamten ein Widerstandsrecht zugesteht, so muss man ihm mit gleichem Grunde auch verstatten, gegen die höchste Staatsgewalt, wenn sie nach dem Dafürhalten der Mehrheit etwas Ungerechtes unternimmt, den Krieg zu erklären und alles dasjenige ungestraft zu tun, was man bis jetzt unter dem Begriff des Hochverrats für verpönt hielt.

So erschreckend ausgemalte Konsequenzen konnten natürlich ihre Wirkung auf Gesetzgebung und Praxis nicht ganz verfehlen. Aber es liess sich doch nicht verkennen, dass v. Jagemann zu einseitig den Standpunkt der Regierung vertreten und in dieser Einseitigkeit manches übertrieben hatte.[1]) Schon der nächste Jahrgang des Arch. d. Krim. (1843 S. 344 ff.) brachte aus der Feder Zachariäs eine neue eingehende Untersuchung der Frage. Zachariä hält die Jagemannsche Ansicht für falsch, weist im einzelnen die Unrichtigkeit der Gründe v. Jagemanns nach und stellt im Gegensatz zu ihm den Satz auf: „Die Ausschliessung der Notwehr bei gewaltsamen Angriffen öffentlicher Beamten bezieht sich vernünftigerweise nur auf die rechtmässige Anwendung der öffentlichen Gewalt. Notwehr ohne Überschreitung ihrer rechtlichen Grenzen muss überall dort gestattet sein, wo der Beamte den Willen des Gesetzes nicht vollzogen, sondern ihn in böslicher Absicht oder gröblicher Verblendung überschritten hat, wo also sein Angriff ein widergesetzlicher oder unrechtmässiger ist und dagegen zur Erhaltung oder Verteidigung eines unersetzlichen Gutes oder zur Abwendung eines nicht wieder gut zu machenden Nachteils Privatgewalt gebraucht oder Widerstand

---

[1]) Vergl. die Kritik seiner Ansicht durch Hiller S. 13 ff., besonders S. 20 und Hufnagel, Kommentar zum württemb. St.G.B. III. Bd. (Neue Präjudizien etc.) S. 228/229.

geleistet wird. [1]) Nur eine Theorie vom absoluten Staat, von welchem alle Rechte der Bürger wie vom Leviathan verschlungen werden, kann den Untertan gegen diese sogen. öffentliche Gewalt als rechtlos hinstellen."

Ausschlaggebend zu dieser Stellungnahme sind für Zachariä die staatsrechtlichen Erwägungen, ob die Untertanen und insbesondere die Untertanen in Deutschland zu einem unbedingten und blinden, oder nur zu einem gesetz- und verfassungsmässigen Gehorsam verpflichtet sind. „Denn kann nur eine Verpflichtung zu letzterem anerkannt werden, wie es der Begriff und das Wesen eines durch eine Verfassung geordneten Staates und das positive deutsche (das gute alte) Recht mit sich bringt,[2]) dann fehlt man allerdings gegen eine der wichtigsten Grundlagen der Staatsordnung, wenn man bei der hier erörterten Frage dennoch den Satz, dass der Untertan, sobald etwas befohlen werde, still gehorchen müsse, und dass es einem Vollziehungsbeamten gegenüber gar keine Notwehr gebe, zur Basis der Beweisführung macht." —

Um das oben genannte Ergebnis von Zachariäs Erwägungen recht verstehen zu können, müssen wir uns vor Augen halten, dass die meisten Autoren zu Anfang des vorigen Jahrhunderts (ähnlich wie die Literatur des Mittelalters) die Frage so stellten: Gibt es ein Notwehrrecht gegenüber Amtshandlungen oder ist es abzulehnen bezw. inwieweit ist es mit Rücksicht auf die Aufgaben der Staatsverwaltung einzuschränken? [3])

Die Antwort auf diese Frage bot ihnen zugleich die Grenze für das mit besonderer Strafe zu belegende Delikt des Widerstandes. So erklärt es sich, dass so manche besonderen Erfordernisse, welche die Autoren für die Notwehr gegen Privatpersonen anerkannten, auch bei der Umgrenzung des Widerstandsrechts gegen Amtshandlungen bezw. des Widerstandsdelikts aufgestellt werden. Und so gelangt auch Zacha-

---

[1]) Als typisches Beispiel für eine derartige Widerrechtlichkeit des Angriffs erscheint Zachariä unter anderem die Nichteinhaltung einer Form, durch deren Beobachtung die Zulässigkeit der Amtshandlung absolut bedingt ist. Denn die Nichtbeobachtung einer solchen vorgeschriebenen Form kann nach ihm nur auf dolus oder culpa lata des Beamten beruhen (cf. a. a. O. S. 370).

[2]) Zur näheren Begründung dieser Behauptung verweist er auf sein „Deutsches Staats- und Bundesrecht" Teil I S. 247 f.

[3]) Vergl. dazu treffend Kitz im Arch. d. Krim. 1846. S. 525.

riä dazu, den Widerstand gegen jeden schuldhaft rechtswidrigen Angriff des Beamten als straflos zuzulassen, der unmittelbar ein unersetzliches Gut bedroht.[1])

Während also bei v. Jagemann, wie wir sahen, bloss dolus des Beamten die Straflosigkeit des Widerstands gegen sein Handeln nach sich zieht, hat nach Zachariä auch culpa lata diese Folge.

Noch einen bedeutenden Schritt weiter tut Köstlin in seiner zwei Jahre später (1845) erschienenen „Neuen Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts" (S. 716/18 und S. 722 ff.). Auch er löst die Frage nach der Strafbarkeit des Widerstandes ausschliesslich vom Standpunkt des Notwehrrechts, aber er geht von einem ganz anderen Notwehrbegriff aus wie Zachariä. Die Bedingungen sind nach ihm (S. 715) 1. ein die Verletzung eines Rechts, gleichviel welcher Art, drohender Angriff, welcher 2. ein ungerechter sein muss und wogegen 3. die zeitige Hilfe des Staates oder eine unschimpfliche Flucht nicht als Abwehrmittel zu Gebote gestanden haben darf. Er hält also im Gegensatz zu Zachariä weder die Bedrohung eines unersetzlichen Gutes noch eine subjektive Verschuldung auf Seiten des Angreifenden, einen subjektiv rechtswidrigen Angriff für erforderlich.[2]) Und so ist nach ihm überall dort ein Notwehrrecht, ein Recht zu straflosem Widerstande gegeben, wo „eine unzuständige Obrigkeit in Handlung ist oder eine zuständige Obrigkeit eine materiell gesetzwidrige Anordnung durchsetzen will."

Ganz unverständlich erscheint Köstlin die Behauptung v. Jagemanns, dass es der Obrigkeit gegenüber gar keine gerechte Notwehr gebe. Notwehr ist ihm weder Rache noch Strafe, es ist vielmehr das gegen drohendes, im konkreten Fall durch den Staat nicht abwendbares Unrecht dem Individuum zustehende Verteidigungsrecht. Gerade aber bei den fraglichen Handlungen der Beamten hat der Untertan bereite Staatshilfe nicht zu gewärtigen. Und

---

[1]) Ebenso Schwarze in der Kritik des Entwurfs eines St.G.B. für die Preuss. Staaten (Beilage-Heft zum Arch. d. Krim. 1843) S. 100, zu § 200 f. des Entwurfs, Arnold, Erfahrungen aus dem bayerischen St.G.B. vom Jahre 1813 und Betrachtungen hierüber im Arch. d. Krim. 1843. S. 399, ferner die von Hiller S. 51 Anm. 4) zitierten Autoren.

[2]) Ausdrücklich gegen Zachariä betont findet sich dies a. a. O. S. 724 Anm. 4.

andererseits wird man doch nicht behaupten wollen, so fragt Köstlin, dass auch eine unzuständige oder materiell gesetzwidrig handelnde Obrigkeit in ihrem Rechte sei? — Und dann noch die Konsequenzen! Erkennt man der Obrigkeit gegenüber ein Notwehrrecht nicht an, so ist damit „alle staatsbürgerliche Freiheit über den Haufen geworfen, und dies wäre ein viel grösseres Unglück als das vermeintliche Unglück, dass im Gegenteil die Revolution legalisiert wäre. Denn es versteht sich wohl von selbst, dass die Gefahr des gesetzwidrigen Handelns von seiten der mit der Macht Bekleideten viel grösser ist, als von seiten der Bürger, die wegen jeder irrigen Ausübung oder Überschreitung des Rechts auf bloss verfassungsmässigen Gehorsam Strafe zu erwarten haben.“

Überall, wo staatsbürgerliche Freiheit wirklich besteht, da zeigt auch die Erfahrung, dass gerade sie die beste Wächterin der Gesetze ist. Mit der Anerkennung staatsbürgerlicher Freiheit aber ist die Versagung der Notwehr gegen Amtshandlungen unvereinbar. Es handelt sich dabei noch gar nicht einmal um den ganzen Umfang der Frage des verfassungsmässigen Gehorsams, sondern lediglich darum, ob der Untertan ein ihm generell zustehendes Verteidigungsrecht auch gegen eine obrigkeitliche Person gebrauchen dürfe. „Dies ist sogar“, so schliesst Köstlin seine Erörterung nachdrucksvoll, wenn auch mit einer gewissen Übertreibung, „nicht bloss ein Recht des Bürgers, sondern seine heilige Pflicht, da er durch die Nichtausübung seines Rechts dazu helfen würde, das absolut nichtige Unrecht zur Existenz kommen zu lassen.“ —

Wir sind auf die Ausführungen Köstlins näher eingegangen, weil sie manchen beherzigenswerten Gedanken enthalten, vor allem aber, weil sie so entschieden für ein Widerstandsrecht in weitestem Umfange eintreten.[1]) Aber damals, in jener Übergangszeit vom Absolutismus zum Konstitutionalismus, konnten seine Worte nicht lange unwidersprochen bleiben. Kitz (im Arch. d. Krim. 1846 S. 525) suchte von neuem einer Regelung im Sinne des rein subjektiven Beamtenstandpunkts das Wort zu reden. Er teilt im Ergebnis, theoretisch wenigstens, die Ansicht Zachariäs, geht aber in deren Begründung und Ausführung etwas anders vor.[2]) Sein Gedankengang ist kurz folgender:

---

[1]) Dieselbe Ansicht wie oben vertritt Köstlin auch in seinem „System des Strafrechts“ I S. 85.

[2]) Seine Abhandlung verdient auch deshalb besondere Beachtung, weil sie für die Auslegung des späteren § 89 des Pr.St.G.B. nicht ohne Wert ist.

Den Organen des Staatswillens muss unbedingt gehorcht werden, und gegen sie kann es keine Notwehr geben, soll nicht der Staat geradezu auf den Kopf gestellt werden. Die Frage ist deshalb nur die: Kann der Begriff der Obrigkeit in der Persönlichkeit des Beamten vernichtet werden, und durch welche Handlungen des Beamten geschieht dies? Kitz gibt nach längeren Erwägungen die Antwort theoretisch dahin, dass „gegen jede gesetzwidrige Massregel der öffentlichen Gewalt die Widersetzung zulässig sei, welche einen dolus oder eine kriminelle culpa des Beamten zu ihrer Quelle habe, von welcher objektiven Beschaffenheit sie auch sein möge.“ (Vorausgesetzt sei natürlich, dass der Handelnde sich nicht ein fremdes Amt anmasse, seine Handlung sich nicht als privatpersönliche darstelle oder der wesentlichen Formen entbehre, und dass der Beamte sich durch die als wesentlich vorgeschriebenen Mittel [äussere Abzeichen u. s. w.] als Beamter zu erkennen gegeben habe.) Aber dieser Satz könne doch nur das leitende Prinzip der Lehre abgeben; in der Praxis, als positiver Ausspruch eines Gesetzbuchs müsse er konkreter und objektiv gefasst werden. Man habe hier von der Abnahme auszugehen, dass der Beamte einsehen musste, was sonst jedem einleuchtet, kurz, man müsse hier ein Widerstandsrecht anerkennen gegen jede offenbar rechtswidrige Handlung des Beamten.

Kitz kommt also damit zu demselben Ergebnis, das auch sonst, insbesondere als Grundsatz des gemeinen deutschen Rechts bezüglich der Zulässigkeit von Notwehr gegen Amtshandlungen, zahlreiche Verteidiger gefunden hat. So verlangt Jarke (Handbuch 1827/28 Bd. I S. 146, Bd. II S. 209) zur Straflosigkeit des Widerstandes, dass die obrigkeitliche Person mit offenbarer Überschreitung ihrer Amtspflicht das Leben des Benötigten bedroht, oder wenigstens ein unersetzlicher Schaden in Aussicht steht. Schwarze[1]) will mit Rücksicht auf die Erhaltung der Autorität der Gesetze den Bürgern nicht gestatten, in jedem Falle zu untersuchen, ob die Behörde zu der betreffenden Anordnung auch wirklich verfassungsmässig befugt war oder nicht; „es ist vielmehr jeder Untertan verbunden, den Anordnungen der Behörde, mit alleiniger Ausnahme der Fälle, in welchen die Behörde eine offenbar verfassungswidrige Massregel auszu-

---

[1]) In der Kritik des Entwurfs eines St.G.B. für die Preuss. Staaten, Beilageheft zum Arch. d. Krim. (1843) S. 100.

führen unternimmt und der betreffende Bürger durch deren Vollziehung einen unersetzlichen Nachteil an seiner Ehre, Freiheit oder Gesundheit erleiden würde, unbedingten Gehorsam zu leisten, und ist der Exzess der Befugnis oder die Inkompetenz der Behörde nur als Strafmilderung, nicht als Strafausschliessungsgrund anzusehen." Und Grattenauer [1]) schliesslich lehrt, davon ausgehend, dass wir zu keiner Verteidigung und Gegenwehr befugt sind, wider den angreifenden Zwang dessen, der ein Recht hat, uns zu einer Handlung physisch zu zwingen: „Deshalb ist wider alle Angriffe eines Gerichts- oder Polizeibeamten (Art. 142 der peinl. G.O.) in seinen Amtsverrichtungen gar keine Notwehr zulässig, und aus diesem Grunde steht sie Untertanen gegen ihre Obrigkeiten nur dann zu, wenn die Zwangsberechtigten die Grenzen ihrer Befugnisse durch ein eigenes Verbrechen überschreiten oder die Zwangsverbundenen zu einem Verbrechen nötigen wollen." Grattenauers Ansicht wird auch von Grävell im N. Arch. d. Krim. III (1820) S. 189 ff. gebilligt.

Doch damit ist die Zahl der Autoren, welche offenbare Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des Widerstandsrechts gegen Amtshandlungen aufstellen, nicht erschöpft. Einzelne, wie v. Grolmann, Danz, Klein seien wenigstens noch mit Namen erwähnt.[2]) Vor allem aber ist hervorzuheben, dass zu ihnen auch jene Schriftsteller zu rechnen sind, die, wie Martin,[3]) Luden u. a.[4]) das entscheidende Gewicht auf „formelle" Rechtswidrigkeit legen. Dass dies im wesentlichen nur eine andere Ausdrucksweise für die vorbehandelte Theorie ist, zeigen am besten die Ausführungen Ludens: In seinen Abhandlungen (1840) Bd. II S. 494 erkennt er eine Notwehr gegen Massregeln der öffentlichen Gewalt grundsätzlich nicht an; „nur wenn die Diener der öffentlichen Gewalt ihre Befugnisse überschritten und eine Gewalt anwendeten, welche den Charakter des Verbrecherischen offenbar an sich trüge, würde Notwehr dagegen angewendet werden können." Und zum Belege bezieht

---

[1]) Über die Notwehr. Breslau 1806. S. 75.

[2]) Die näheren Literaturangaben finden sich bei Zachariä, Arch. d. Krim. (1843) S. 369.

[3]) Lehrb. d. Krim. 1825, S. 621 (§ 239, 2. Ausg.).

[4]) So erweist z. B. auch Seeger, Abhandlungen (1858) Bd. I S. 308, als Grundsatz der römischen und gemeinen Rechts: Gehorsam wird nur den „formell rechtmässigen" Handlungen der Obrigkeit geschuldet.

er sich auch auf Henke, Handbuch Bd. I S. 207.[1]) Dieselbe grundsätzliche Ablehnung von Notwehr findet sich auch im ersten Bande von Ludens 1847 erschienenem Handbuch des Strafrechts (S. 300, 301). Dagegen hat er hier der Ausnahme eine abweichende Fassung gegeben: „Eine Ausnahme kann nur in dem Falle anerkannt werden, da die Diener der öffentlichen Gewalt bei Vollziehung solcher Massregeln eine Gewalt anwendeten, die sich schon ihrer Form nach als eine unbefugte und verbrecherische erweiset." Dass beide angeführten Stellen dasselbe besagen wollen, ist ersichtlich und tritt ausser Zweifel, wenn wir hinzufügen, dass Luden sich auch an der zweiten Stelle auf die Autorität Henkes (s. o.) bezieht.

Damit haben wir die vier allgemeinen Grundanschauungen über das Widerstandsrecht gegen Amtshandlungen, welche in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts in der Theorie vor allem vertreten wurden, kennen gelernt. Wir haben dabei gesehen, wie für die Stellungnahme der Autoren hauptsächlich Zweckmässigkeitserwägungen und staatsrechtliche Gesichtspunkte, wie die Theorie vom blinden bezw. vom verfassungsmässigen Gehorsam, und erst in zweiter Linie juristische Folgerungen massgebend waren.[2]) Alle diese Gesichtspunkte waren aber nie derart, dass sie die Strafbarkeit unbedingt jeden Widerstands gegen die Amtstätigkeit eines Vollzugsbeamten verlangten.[3])

Es erübrigt jetzt noch, einen Blick auf die Widerstandsnormen der zahlreichen Landesstrafgesetzbücher jener Zeit zu werfen. Denn wenn auch in den (1840 in Kiel erschienenen) „Resultaten für die Ausarbeitung des Entwurfs eines StG.B. für Schleswig-

---

[1]) Henke spricht hier von dem Notwehrerfordernis des ungerechten Angriffs und vertritt dabei ähnliche Grundsätze wie Grattenauer (s. o.).

[2]) Deshalb z. B. lehnt Henke in dem 1830 erschienenen Teil III seines Handbuchs des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik (S. 204) bei Besprechung des Delikts der Widersetzlichkeit ausdrücklich eine Erörterung über die Existenz bezw. über die Voraussetzungen und Grenzen des Widerstandsrechts gegen obrigkeitliche Verfügungen ab und verweist die einschlägigen Fragen in die Philosophie des Staatsrechts. — Bezüglich seiner Ansicht über das Notwehrrecht gegen Amtshandlungen in dem bereits 1823 erschienenen ersten Teile des Handbuchs vergl. die vorige Anmerkung.

[3]) Denn mindestens wurde der Widerstand gegen augenscheinlich verbrecherische Handlungen des Beamten als straflos anerkannt, vergl. Hiller S. 23 und Henke, Handbuch III S. 204.

Holstein" (S. 1) geklagt wird, dass in den Staaten ein Gesetzentwurf den anderen verdränge, ohne zum Gesetz zu führen, obgleich „anerkannt werde, wie dringlich es sei, dass endlich einmal den Richtern eine feste Norm für das Rechtsprechen gegeben werde, und man die Staaten aus der wahren Willkürherrschaft einer wandelbaren und schwankenden Praxis reisse", so waren doch auch schon bis 1840 einzelne Staaten zur Kodifikation auf dem Gebiete des Strafrechts gelangt; insbesondere aber brachten die folgenden Jahre die Publikation einer ganzen Reihe von Gesetzbüchern, die unsere Beachtung verdienen.

Auch in diesen Gesetzgebungen bietet sich uns bezüglich der Frage nach der Strafbarkeit des Widerstandes ein buntes interessantes Bild.

Interessant ist zunächst die Stellung, in der wir hier die Widerstandsnormen finden. Einige Strafgesetzbücher [1]) verweisen sie in den Titel „Verbrechen gegen die Obrigkeit", andere [2]) bringen sie unter dem Titel „Auflehnung gegen die öffentlichen Behörden", wieder andere [3]) unter „Handlungen gegen das obrigkeitliche Ansehen", „Widersetzung gegen gewisse obrigkeitliche Verfügungen",[4]) und schliesslich finden sich in den 1840 publizierten Gesetzbüchern für das Herzogtum Braunschweig und für das Königreich Hannover die Titel „Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung" bezw. „Verbrechen wider die Regierung des Staates".

Manche dieser Titel deuten schon an, dass die fraglichen Bestimmungen in diesen Gesetzbüchern meist ganz anders zu verstehen sind, wie der § 113 unseres R.St.G.B., dass man weniger die Auflehnung gegen die Staatsgewalt bestrafen, als vielmehr den Beamten wegen dieser seiner Beamteneigenschaft schützen und ihm eine möglichst wirksame Unterstützung gegenüber dem Ungehorsam der Untertanen gewähren

---

[1]) Bayrisches St.G.B. von 1813, Oldenburgisches von 1814.

[2]) Königl. Sächsisches St.G.B. von 1838, St.G.B. für Sachsen-Weimar von 1839, Sachsen-Altenburg von 1841, Sachsen-Meiningen von 1844, Schwarzburg-Sondershausen von 1845, auch das sogen. Thüringische St.G.B. von 1850, welches aber zu dem obigen Titel noch den Untertitel hinzufügt „Widersetzung gegen die öffentliche Autorität"; ähnlich auch das spätere St.G.B. für das Königreich Sachsen vom 13. August 1855.

[3]) St.G.B. für Württemberg von 1839.

[4]) Grossherzogl. Hessisches St.G.B. von 1841 und das auf ihm beruhende Herzogl. Nassauische St.G.B. von 1849.

wollte. Dieser Zweck tritt denn auch bei näherer Betrachtung der Bestimmungen selbst deutlich hervor.

Am weitesten geht das Bayrische St.G.B. von 1813 [1]) in den Art. 315, 317, 411/412. Es erklärt — ohne Rücksicht [2]) auf die Kompetenz der Obrigkeit oder auf die Rechtmässigkeit ihres Befehls — jeden der Widersetzung für schuldig, der an einer obrigkeitlichen Person während der Ausübung ihres Amtes Gewalt verübt, ihren Befehlen und Anordnungen oder den Verfügungen der Obrigkeit in der Person obrigkeitlicher Diener sich widersetzt, und spricht nur im Art. 412 von dem Fall, dass jemand in rechtswidrigem Ungehorsam gegen die öffentliche Autorität seine Wohnung zu öffnen sich weigert. — Immerhin glaubt doch Arnold [3]) mit den Worten des Gesetzes die Forderung vereinigen zu können, dass der Beamte in dem Bezirk der Tat irgend eine Zuständigkeit hatte, und dass eine wirkliche, nach aussen als solche hervortretende Amtshandlung vorlag. Und andererseits will er bei einer der Form nach unrechtmässigen oder von einem Exzess des Beamten begleiteten Amtshandlung die Grundsätze der Notwehr eintreten lassen, sobald durch die Handlung ein Schaden verursacht wird, der nicht mehr vollständig zu ersetzen ist.

Was hier von Arnold für das Bayrische St.G.B. im Wege der Auslegung festgestellt wird, das findet sich, wenn auch nicht immer so weitgehend, in anderen Strafgesetzbüchern ausdrücklich normiert. So bestimmt zunächst das Grossherzoglich Hessische St.G.B. vom 17. September 1841 [4]) in seinem Art. 176: Hat derjenige, gegen den die Widersetzung verübt worden ist, durch gesetzwidriges Verfahren selbst dazu Veranlassung gegeben, so ist die Strafe innerhalb ihrer gesetzlichen

---

[1]) Ebenso das oldenburgische St.G.B. von 1814 (Art. 320, 322, 439, 440), das aber nach dem Promulgationspatent nur eine veränderte Ausgabe des bayerischen ist.

[2]) Dies wird noch ausdrücklich betont in den von Gönner redigierten „Anmerkungen zum Bayrischen Strafgesetzbuch von 1813“ (Bd. 3 S. 52 No. 4), die nach ihrem Promulgationspatent in zweifelhaften Fällen massgebend sein sollen. — Vergl. auch Feuerbach, Lehrb. (12. Ausg. von Mittermaier, 1836 § 201): „Alle Untertanen haben die Verbindlichkeit, den Befehlen und Anordnungen der Staatsgewalt in der Person jeder Obrigkeit zu gehorchen und sich der vollstreckenden Macht, welche dieselben ausführt, zu unterwerfen.“

[3]) „Erfahrungen aus dem bayrischen St.G.B. vom Jahre 1813 und Betrachtungen hierüber.“ Arch. d. Krim. 1843 (S. 96 ff., 240 ff., 377 ff.) siehe S. 396 ff.

[4]) Dies Gesetzbuch hat später (16. September 1856) auch in der freien Stadt Frankfurt Aufnahme gefunden.

Grenzen zu mildern; auch kann in leichteren Fällen auf Geldstrafe erkannt werden.[1])

Das Württembergische St.G.B. vom 1. März 1839 kennt aber sogar — obgleich es grösstenteils auf dem Bayrischen St.G.B. von 1813 beruht — Fälle völliger Straflosigkeit. Denn nachdem es im Art. 174 zunächst Strafmilderung für den Fall bestimmt hat, dass der Täter durch gesetz- oder verordnungswidriges Verfahren der Obrigkeit oder ihrer Diener zu der „Unbotmässigkeit" veranlasst ist, fährt es fort: Sollte der Beteiligte durch ein solches Verfahren mit einem unersetzlichen Nachteil unmittelbar bedroht gewesen sein, so ist sein Widerstand straflos, vorausgesetzt, dass er sich keiner Überschreitung schuldig gemacht hat.

Eine Darstellung der interessanten Entstehungsgeschichte dieses Art. 174 findet sich bei Hepp, Staatsverbrechen (1846) S. 178—186. Hepp charakterisiert auch die Bedeutung der Bestimmung. Er betont, dass durch den Art. 174 ein Recht des Widerstandes gegen die illegal handelnde Obrigkeit gesetzlich anerkannt sei, und dieses Recht sei das Notwehrrecht selbst, in seinem vollen Umfange, angewandt auf das Verhältnis der Untertanen zur Obrigkeit. Darin liege freilich zugleich eine Beschränkung der Fälle straflosen Widerstandes. Denn da nach Art. 102[2]) die gebrauchte Privatgewalt die einzige Bedingung der Erhaltung des rechtswidrig bedrohten Rechts gewesen sein müsse, so seien aus dem Bereich der Straflosigkeit alle jene Fälle auszusondern, in denen der von der Obrigkeit gesetzwidrig angedrohte Nachteil im Wege der Beschwerde bei der vorgesetzten Behörde gehoben werden könne. Hepp gesteht, dass es nach dem Recht seines Staates

[1]) Das Hessische Gesetzbuch von 1841 ist auch deshalb erwähnenswert, weil es in ähnlicher Weise wie § 113 R.St.G.B. die verschiedenen Vollstreckungsgattungen getrennt aufführt. Es bestimmt nämlich in Art. 174, dass derjenige bestraft werden soll, welcher den Dienern der Justiz, den Dienern der gerichtlichen oder verwaltenden Polizei.... während sie mit Vollstreckung der Gesetze und Verordnungen, der Befehle und Verfügungen der öffentlichen Gewalt, der richterlichen Urteile, Verfügungen und Befehle begriffen sind, gewaltsamen Widerstand entgegensetzt. — Ebenso auch der Art. 174 des R.St.G.B. für das Herzogtum Nassau vom 14. April 1849. — Über die weitere Vorgeschichte dieser Fassung vergl. S. 22 Anm. 2.

[2]) Der Art. 102 des Württemberg. St.G.B. handelt „von der Zurechnung bei der Notwehr" und beginnt: „Die Selbstverteidigung in Fällen, wo ein rechtswidriger und dringender Angriff nicht durch obrigkeitliche Hilfe abgewendet werden kann, ist erlaubt (in den nunmehr aufgezählten Fällen)."

in dieser Beziehung nur verhältnismässig wenige Verfügungen gebe, deren Vollziehung nicht durch Berufung auf eine höhere Instanz sistiert werden könne, mit anderen Worten, dass trotz der Fassung des Art. 174 die Strafloslassung des Widerstandes eine ganz seltene Ausnahme bleiben müsse. Denn wenn nun auch der Untertan den verfassungsmässigen Weg der Beschwerde eingeschlagen habe, damit aber in allen Instanzen aus materiell ungerechten Gründen abgewiesen sei, so habe er nunmehr ja ein formales Recht (mit der Eigenschaft oder Wirkung eines Gesetzes) gegen sich, dessen materielle Ungerechtigkeit bei der Aburteilung des dagegen geleisteten Widerstandes im allgemeinen höchstens dann sich herausstellen und zur Straflosigkeit führen werde, wenn der ablehnende Bescheid seitens einer Administrativbehörde ergangen sei und nun vom Richter einer Nachprüfung unterzogen werde.

Diese Auslegung des Art. 174, welche die gesetzlich anerkannte Straflosigkeit des Widerstands im wesentlichen illusorisch machen würde, unterliegt jedoch nicht unwichtigen Bedenken. Zunächst ist Hepp jedenfalls entgegenzuhalten, dass gerade die Vollstreckung häufig die sofortige oder wenigstens schleunige Vornahme einer Amtshandlung erheischt, also der durch die Verhaftung, durch die Beschlagnahme unentbehrlicher Vermögensstücke u. s. w. zugefügte Nachteil nicht oft durch eine, wenn auch gesetzlich dem Betroffenen zustehende, Beschwerde, sondern nur durch sofortigen Widerstand abgewandt werden kann, der Widerstand also doch in solchem Falle nichts anderes als Notwehr ist. Vor allem aber deutet die im Art. gebrauchte Wendung „vorausgesetzt, dass er sich keiner Überschreitung schuldig gemacht hat“ trotz ihrer gewollten Unbestimmtheit viel mehr auf die Überschreitung der Grenzen der Notwehr hin, wie auch Hufnagel, Württemb. St.G.B. S. 171 Ziff. 4 interpretiert,[1] und diese Grenzen sind nach Art. 103 nur dann überschritten (Ziff. 1), „wenn Zeit und Gelegenheit zu anderen, dem Angegriffenen nicht unbekannten Mitteln vorhanden war, durch welche derselbe ohne Gefahr dem Angriffe sich zu entziehen, das bedrohte Gut in Sicherheit zu bringen oder sonst die Absicht des Angreifers zu vereiteln vermochte.“ Dass diese Möglichkeit im Stadium der Exekution häufig ausgeschlossen ist, und mithin der Straflosigkeit des Widerstandes insoweit nichts im Wege steht, geht bereits aus dem vorher Gesagten hervor und bedarf keiner weiteren Erwähnung.

[1]) Hepp, l. c. S. 180.

Ähnlich, wie das vorbehandelte Württembergische St.G.B., erklärt weiter das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840 (Art. 156—160) für einen wichtigen Milderungsgrund, wenn der Offiziant seine Befugnisse überschritten hat. „Inwiefern aber in dem Falle einer gesetzlich erlaubten Selbstverteidigung gegen einen unrechtmässigen Angriff Straflosigkeit eintritt, ist nach den Bestimmungen der Art. 78 sq. zu ermessen", d. h. nach der Notwehrbestimmung, nach welcher die Selbstverteidigung gegen einen unmittelbar bevorstehenden oder bereits begonnenen unrechtmässigen Angriff zur Rettung von Leib, Leben, Freiheit, Ehre oder Gut, in Fällen, wo der Selbstverteidiger eine zureichende Hilfe durch obrigkeitlichen Schutz oder auf andere Weise nicht erhalten konnte, straflos ist.

Ganz anders, wie die bisher genannten, regeln verschiedene weitere Gesetzbücher die Frage nach der Strafbarkeit des Widerstandes. Während jene dem Untertanen durchweg jede selbständige Beurteilung des obrigkeitlichen Vergehens untersagen, ihn einfach auf den Weg der Beschwerde verweisen und höchstens dann Straflosigkeit eintreten lassen, wenn dem Untertanen durch die gesetzwidrige Handlung ein so schwerer Schaden zugefügt wird, dass derselbe garnicht oder jedenfalls nur sehr schwer wieder gut zu machen ist, haben diese Gesetzbücher sich zu der Erkenntnis durchgerungen, dass die Obrigkeit nur dann auf besonderen Schutz ihrer Tätigkeit Anspruch machen kann, wenn diese Tätigkeit wenigstens die allgemeinen Formen eines amtlichen Charakters an sich trägt. Es ist dies ein wichtiger Fortschritt in der richtigen Entwicklung des Deliktsbegriffs strafbaren Widerstandes, wenn auch die an die Handlung gestellten Anforderungen, den staatsrechtlichen Anschauungen jener Zeit entsprechend, noch sehr niedrig bemessen waren, und sich deshalb innerhalb der Grenzen dieser Anforderungen bisweilen noch wieder ähnliche Abstufungen der Strafwürdigkeit finden, wie in den oben behandelten Gesetzesbestimmungen.

Das St.G.B. für das Grossherzogtum Baden vom 6. März 1845 ahndet im § 615 die Widersetzlichkeit gegen Zivil- oder Militärpersonen, welche die Vollziehung von Gesetzen oder Verordnungen oder von obrigkeitlichen Verfügungen „vermöge ihres Amtes" zu bewirken haben. Das Königl. Sächsische St.G.B. vom 30. März 1838 (Art. 105)[1], ebenso

[1]) Ebenso die auf ihm beruhenden Strafgesetzbücher von Sachsen-Weimar (5. April 1839), Sachsen-Altenburg (3. Mai 1841), Sachsen-Meiningen (1. August 1844) und Schwarzburg-Sondershausen (10. Mai 1845).

wie das sogen. Thüringische St.G.B. (Art. 100),[1]) verlangt, dass die obrigkeitliche Anordnung von einer Behörde in ihrem Wirkungskreise ausgegangen ist;[2]) ähnlich das badische Gesetz vom 28. Dezember 1831, welches Zuständigkeit des öffentlichen Dieners fordert. Weiter spricht das St.G.B. für das Herzogtum Nassau vom 14. April 1849 (Art. 172) von „formell gesetz- und verfassungsmässigen Befehlen und Anordnungen der Obrigkeit", von „formell gesetz- und verfassungsmässiger Ausübung des Amtes". Und das St.G.B. für das Herzogtum Braunschweig vom 10. Juli 1840[3]) schliesslich bestraft im § 107 denjenigen, welcher den rechtmässigen Befehlen und Anordnungen der Obrigkeit Widerstand leistet.

Gerade diese letzte Bestimmung nimmt naturgemäss unser ganz besonderes Interesse in Anspruch, weil hier zum ersten Mal das für den § 113 R.St.G.B. so bedeutungsvolle Merkmal der Rechtmässigkeit in der Gesetzgebung dieser Zeit auftaucht.[4]) Doch die Gleichheit der Ausdrucksweise darf uns nicht verleiten, ohne weiteres die beiden Paragraphen in der gleichen Weise auszulegen, wie Hiller (S. 39) für richtig hält. Es ist nicht zu übersehen, dass der § 113 R.St.G.B. ein Fall des „Widerstands gegen die Staatsgewalt" ist, während der § 107 a. a. O. sich in dem Kapitel „Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung" findet. Die

---

[1]) D. h. das auf einem gemeinsamen Entwurf beruhende und nach und nach (1850—52) in den folgenden Ländern zur Einführung gelangte St.G.B. für das Grossherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach, die Herzogtümer Sachsen-Meiningen, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt-Dessau und Köthen und die Fürstentümer Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen und Reuss jüngere Linie.

[2]) Vergl. auch die nicht uninteressante Fassung von Satz 2 des Art. 105 a. a. O., nach der die Strafbestimmung des Satz 1 insonderheit auch jede gewalttätige Widersetzung gegen die in ihrer Amtsfunktion ausweislich tätigen Pedelle der Gesamtuniversität Jena trifft.

[3]) Beinahe unverändert auch im Fürstentum Lippe-Detmold eingeführt mit Datum vom 18. Juli 1843.

[4]) In dem bereits oben S. 5 zitierten § 6 Kap. 8 des codex iuris Bavarici criminalis fand es sich als Eigenschaft des Beamten selbst im Sinne von rechtmässig bestellter Obrigkeit, und in der Theresiana bestimmte der dem Art. 142 der C.C.C. fast wörtlich nachgebildete Abs. 6 § 10 Art. 84: „Wenn der Ertödtete rechtmässige Ursach gehabt, den Todtschläger anzugreifen als da...... Gerichtspersonen oder Gerichtsdiener einen Übeltäter von Amtswegen zu fangen und auf dessen Widerstand ihn mit gewehrter Hand zu Stand zu bringen trachteten, und in so gestalten Fällen der Angegriffene den rechtmässig (d. h. aus rechtmässiger Ursache) Angreifenden ermordete.

wirksame Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Staate empfiehlt es allerdings sehr, den Schutz der amtlichen Tätigkeit nicht von der konkret sachlichen Richtigkeit des Vorgehens abhängig zu machen. Es ist deshalb durchaus verständlich, wenn die „Motive und Bemerkungen zu dem landesherrlichen Patente, die Einführung des Kriminalgesetzbuchs betr.“ (S. 247) den § 107 a. a. O. dahin interpretieren, dass er lediglich die formelle Rechtmässigkeit (allgemein sachliche Kompetenz des Beamten und Beobachtung der vorschriftsmässigen Form) verlange.[1] Ob aber auch für die Auslegung der „Rechtmässigkeit“ des § 113 R.St.G.B. dieser Gesichtspunkt einer möglichst wirksamen Sicherung von Ruhe und Ordnung im Staate massgebend ist, ist damit keineswegs entschieden, im Gegenteil wird uns die sachliche Untersuchung des § 113, wie hier gleich erwähnt sein mag, zur Verneinung dieser Frage führen.

II. Das Preussische Strafgesetzbuch von 1851.

Wenn wir im vorhergehenden Abschnitt zeigen konnten, wie die Gesetzgebung der Einzelstaaten immer zielbewusster gewisse Handlungen der Beamten aus den Fällen strafbaren Widerstandes aussonderte, so muss es uns geradezu Wunder nehmen, dass das St.G.B. für die Preussischen Staaten vom 14. April 1851 wieder die unbedingte Strafbarkeit jedes Widerstandes gegen „Amtshandlungen“ proklamierte. Allerdings war in der Kommission der zweiten Kammer der Antrag gestellt, gegenüber Befehlen einer Verwaltungsbehörde nur dann den Widerstand zu bestrafen, wenn die Befehle von der Behörde innerhalb ihres Wirkungskreises erlassen seien. Es wurden aber in der Kommission, wie der Kommissionsbericht der zweiten Kammer S. 61 erwähnt,[2] gegen diesen Antrag so lebhafte auf praktische Erwägungen und Befürchtungen beruhende Bedenken geltend gemacht, dass schliesslich doch der Paragraph (als § 89) in folgender Fassung Gesetz wurde:

> Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung der Gesetze, oder der Befehle und Verordnungen der Verwaltungsbehörden oder der Urteile und Verordnungen der Gerichte berufen ist, während der

[1] Ders. Ansicht Häberlin, Grundsätze des Kriminalrechts (1815). Bd. I S. 115.

[2] Vergl. auch Beseler, Kommentar z. Pr. St.G.B., Anm. II zu § 89.

Vornahme einer Amtshandlung angreift oder denselben durch Gewalt oder Drohung Widerstand leistet, wird ..... bestraft.[1] [2])

Damit schien man völlig auf dem Standpunkt des Bayrischen St.G.B. von 1813 (s. o.) oder sagen wir lieber auf den Standpunkt des Allgem. Landrechts (Teil II Tit. 20 § 166) zurückgekehrt, welches jeden bestraft, der „sich seiner Obrigkeit in ihrer Amtsführung oder deren Abgeordneten in Vollziehung ihrer Befehle tätlich widersetzt."[3] Und doch ist der § 89 in gewisser Beziehung ein eminent fortschrittliches Glied in der Entwicklung unseres Delikts. Denn betrachten wir nur die Stellung des Paragraphen im System des Gesetzes. Noch der Entwurf von 1847 hatte seinen Tatbestand eingereiht unter die „Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung und das obrigkeitliche Ansehen". Jetzt sehen wir ihn nicht mehr als Fall öffentlicher Gewalttätigkeit, als Auflehnung gegen die öffentlichen Behörden, als Widersetzung gegen die öffentliche Autorität und Verbrechen gegen das obrigkeitliche Ansehen geahndet; jetzt erscheint er als „Widerstand gegen die Staatsgewalt"; die höchste Autorität im Staate, die da anordnet und verbietet „zum Schutze des Rechts und zur Pflege der Wohlfahrt des Volkes", sie ist es, welcher durch den Widerstand gegen die Tätigkeit des Beamten entgegengearbeitet wird. Deshalb finden wir auch im § 89 nichts von einer Abstufung der Strafwürdigkeit, je nachdem eine offenbare Gesetzwidrigkeit

---

[1] Goltdammer (Materialien Teil I Einleitung S. VII—XVI, Teil II S. 116 ff.) gibt eine eingehende Darstellung der Vorgeschichte des Gesetzbuchs und insbesondere des § 89.

[2] Eine ähnlich lautende Bestimmung findet sich in dem Art. 209 des Rheinischen St.G.B., auf den in Goltd. Arch. V S. 38 hingewiesen wird:

Toute attaque, toute resistance avec violence et voies de fait envers les officiers ministériels, ... les séquestres, les officiers ou agens de la police administrative ou judiciaire agissant pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou jugements est qualifiée. selon les circonstances, crime ou délit de rébellion. Vergl. auch den Art. 209 des code pénal von 1810 und Art. 269 des Belgischen St.Gt.B. (Mayer, Widerstand S. 491/92). Der code pénal von 1791 gebrauchte die Wendung: agissant légalement dans l'ordre de ses onctions (C. p. 1791 Part. II. Tit. I Sect. IV).

[3] Zu diesem Paragraphen hatte Temme (Handbuch des preuss. Kriminalrechts 1837 § 50 S. 97) ausdrücklich bemerkt, dass es nicht darauf ankomme, ob die Amtshandlung in jedem einzelnen Falle rechtlich begründet war oder nicht, sondern nur, ob die Handlung wirklich überhaupt zu dem Amte der Obrigkeit gehörte. — v. Kallina allerdings glaubt (Notwehr 1898, S. 21) auch hier objektive Rechtmässigkeit der Amtsführung verlangen zu dürfen.

vorliegt oder ein unersetzlicher Schaden angestiftet wird u. s. w. Auch das Pr.St.G.B. konnte nicht verkennen, dass unter dem Deckmantel der Amtshandlung manche Ungesetzlichkeit, manch objektives Unrecht sich verbergen würde, und dass dies Unrecht, wenn es in besonders drückender Schwere auftritt, eine der Notwehrbestimmung analoge Straflosigkeit nahelege.[1]) Aber eben das war es nicht, was man jetzt noch betonte. Man hatte den Tatbestand des § 89 zu einem selbständigen „Delikt gegen die Staatsgewalt" erhoben. Und so stellte man nur noch die Frage: Inwieweit kann und muss die Staatsgewalt, wenn sie durch ihre Beamten in Tätigkeit tritt, von den Untertanen Gehorsam fordern, inwieweit muss sie ihren Beamten als „Organ der Staatsgewalt" anerkennen? Im Grunde waren allerdings die Momente, die bei Beantwortung dieser Frage in Betracht kamen, dieselben, wie bei der Regelung in den früheren Gesetzgebungen. Der wesentliche Unterschied zwischen einst und jetzt lag in der Fragestellung selbst, lag darin, dass man das Delikt des „Widerstandes gegen die Staatsgewalt" von dem Recht zum Widerstand streng geschieden hatte. Das letztere war nunmehr lediglich durch die Notwehrbestimmungen normiert, es war als ein gewöhnliches Notwehrrecht gegeben gegen alle Angriffe des Beamten, gegen die der Widerstand nicht ausdrücklich als strafbarer Widerstand gegen die Staatsgewalt gekennzeichnet war.[2])

Dieser neue Standpunkt bei der Normierung des Widerstandsdelikts, der auch auf den § 113 R.St.G.B. übertragen ist, und auf dessen interpretative Bedeutung wir deshalb später noch zurückkommen werden, ist zweifellos als ein grosser Gewinn, als ein mächtiger Fortschritt zu einer zufriedenstellenden Regelung anzusehen, — wenn auch die Bestimmung des § 89 im einzelnen einen viel zu absolutistischen Charakter trägt. Der Widerstand bezw. Angriff „während der Vornahme einer Amtshandlung" soll strafbar sein. Allerdings sind durch den Begriff der „Amtshandlung" eine Reihe von Widerstandsfällen aus dem Bereich der Strafbarkeit ausgeschieden, nämlich all die, in denen der Beamte

---

[1]) Vergl. z. B. die „Revision des Entwurfs des St.G.B. von 1843". Berlin 1845. S. 52.

[2]) Vergl. Revision von 1845 S. 52. — Präzis formuliert Goltdammer dieses Moment (Mater. 76 zu § 89) in dem Satze: „Das Gesetz selbst verweist im § 89 durch den Ausdruck „während der Vornahme einer Amtshandlung" auf die Grenze und die Existenz einer Notwehr überhaupt."

objektiv und subjektiv ungesetzlich verfährt, in denen er zwar als Beamter tätig wird, sein Vorgehen aber ein doloses Amtsverbrechen darstellt. Weiter will Goltdammer (Materialien II S. 123) das Vorliegen einer Amtshandlung auch dann verneinen, wenn der Beamte gesetzlich vorgeschriebene Formen nicht beobachtet, während freilich das Obertribunal schon streng zwischen wesentlichen und bloss instruktionellen Formvorschriften unterscheidet [1]) und Oppenhoff, Kommentar Anm. 14 zu § 89, sogar das Bewusstsein des Beamten verlangt, dass er in gesetzwidriger Weise zu Werke gehe. Und schliesslich erklärt das Preuss. Obertribunal auch das Vorhandensein allgemeiner sachlicher Zuständigkeit für die unerlässliche Voraussetzung einer „Amtshandlung".[2]) Aber damit sind auch die annehmbaren Grenzen der Strafbarkeit erschöpft. Wie das Obertribunal in seinem Erkenntnis vom 20. November 1862 (Oppenhoff, Rechtsspr. III

[1]) Das bei Oppenhof, Rechtspr. XI S. 563, veröffentlichte Erkenntnis legt z. B. ausdrücklich das entscheidende Gewicht auf die Feststellung, dass die nicht beachtete Formvorschrift „nur administrativer Natur sei und die Anwendung der Widerstandsstrafe nicht bedinge". Immerhin darf zur Charakterisierung der Stellung des Obertribunals zu dieser Frage nicht unerwähnt bleiben, dass das Obertribunal in einem Erkenntnis von 1869 (Oppenhoff, Rechtspr. X 354) einer gegen das Verbot der §§ 8 ff. des Gesetzes vom 12. Februar 1850 erfolgten Verhaftung zur Nachtzeit den Charakter einer Amtshandlung nicht abspricht, sondern dem Betroffenen nur eine „Beschwerde über das ungesetzliche, im Disziplinarwege zu rügende Verhalten des Exekutors" zugesteht, während es dieselbe Formvorschrift (§ 8 ff. a. a. O.) später bezüglich des § 113 R.St.G.B. in einem Erkenntnis von 1872 (Oppenhoff, Rechtspr. XIII S. 104) als für die „rechtmässige Ausübung des Amtes" rechtswesentlich bezeichnet hat. Das Gericht selbst begründet diese Abweichung in der letztgenannten Entscheidung mit dem Hinweis, dass das erste Erkenntnis einen Fall betreffe, welcher sich unter der Herrschaft des § 89 Pr.St.G.B. begeben und nach demselben bestraft worden sei, während hier (im letzten Erkenntnis) dem Angeklagten der inzwischen in Kraft getretene § 113 R.St.G.B. zu gute komme, der von anderen Voraussetzungen ausgehe.

[2]) Und zwar wurden hierbei unter Umständen ganz spezielle Kompetenzgrenzen (formeller Natur) berücksichtigt, wie das Urteil des Obertribunals vom 9. April 1857 (Goltd. Arch. V S. 558) beweist. Es wurde hier der Handlung eines Deichmeisters, welcher innerhalb 25 Fuss vom Damm auf einem Grundstück Weiden angepflanzt und dabei seitens des Grundstückseigentümers Widerstand gefunden hatte, der Charakter als „Amtshandlung" abgesprochen, weil nach der Deichordnung die Behörde nur befugt war, innerhalb 12 Fuss vom Damm die Grundstücke zum Weidenpflanzen zu benutzen. — Eine mit reichen Belegen versehene Darlegung und Besprechung des Standpunktes des Obertribunals findet sich in Goltd. Arch. V S. 35 ff., vergl. auch Oppenhoff, Kommentar, Anm. 13 ff. zu §. 89.

S. 134) zusammenfassend sagt, kommt es für § 89 nur darauf an, dass „der Beamte in der Absicht, die Pflichten seines Amtes zu erfüllen, solche Handlungen vorgenommen hat, welche an sich innerhalb seiner Amtsbefugnisse liegen. Unter dieser Voraussetzung ist aber die Anwendung jenes Paragraphen auch durch den Umstand nicht ausgeschlossen, dass hierbei etwa der Beamte aus Versehen über die ihm gesetzlich oder instruktionsmässig gezogenen Grenzen seiner Amtstätigkeit hinausgegangen ist.“ Und zwar gilt dies, wie das Erkenntnis des Obertribunals vom 4. Mai 1864 (Goltd. Arch. XII 547) lehrt, nicht nur für den aus eigener Initiative vorgehenden Beamten, sondern entsprechend auch für denjenigen, der nur die Anordnung eines Vorgesetzten zur Ausführung bringt; auch hier genügt das Vorhandensein allgemeiner Amtsbefugnis des anordnenden und vollstreckenden Beamten.

Dass eine so interpretierte gesetzliche Bestimmung grosse Härten für den Untertanen im Gefolge haben musste, ist klar. Wenn die Praxis und besonders das Preuss. Obertribunal immer wieder auf Grund des § 89 Strafen verhängten in Fällen, in denen der Beamte aus Unkenntnis, Nachlässigkeit oder Irrtum sich grober Ungesetzlichkeiten schuldig gemacht und Massnahmen getroffen hatte, die in Wirklichkeit nach den Verhältnissen des konkreten Falles absolut unberechtigt waren, in denen er aber immerhin noch im guten Glauben gehandelt und die allgemeinen Grenzen seiner Kompetenz, die als wesentlich vorgeschriebenen Formen seines Handelns gewahrt hatte, so lässt diese Tatsache schon es verständlich erscheinen, dass in der Literatur jener Zeit die Erörterung des Widerstandsrechts nicht zur Ruhe kam. Aber diese letztere Erscheinung bezog sich nicht ausschliesslich auf Preussen. Man lebte eben damals in einer Zeit allmählicher Klärung staatsrechtlicher Anschauungen. In den Jahren des Übergangs vom Absolutismus zum Konstitutionalismus waren die meisten bisher besprochenen Gesetzbücher entstanden. Jetzt hatte man sich mehr und mehr in die Ideen der neuen Staatsform eingelebt. Das Bewusstsein, dem Staate gegenüber heilige und unantastbare Rechte zu besitzen, war in die Herzen des Volkes eingezogen und trieb sie immer von neuem, die mehr oder weniger drückend empfundenen Härten der einzelnen Gesetzbücher auf ihre Berechtigung hin zu untersuchen.[1])

---

[1]) So schliesst Brauer seine Abhandlung im G.S. X 1858 „Über den Tatbestand des Verbrechens der Widersetzlichkeit“. (in der er aber, ebenso wie Zachariä in seiner Erörterung im G.S. IX. Bd. I, S. 421 ff., nur die Widersetzungshandlung

Unsere besondere Aufmerksamkeit verdienen in dieser Hinsicht die Ausführungen Levitas in seinem 1856 erschienenen „Recht der Notwehr“, weil er ähnlich wie früher Köstlin, in so energischer Weise dafür eintritt, dass „das Recht der Notwehr als das Recht, einen widerrechtlichen Angriff im Fall der Not von sich abzuwehren, gegen jeden Beamten zusteht, welcher ausserhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit oder innerhalb dieser Zuständigkeit in materiell gesetzwidriger Weise handelt“. Ausgehend von dem Satze, dass Unrecht Unrecht bleibt, von wem immer dasselbe geübt werde, weist er darauf hin, dass die Obrigkeit dazu gesetzt sei, den Willen des Gesetzes auszuführen; wie innerhalb dieser Grenzen jeder Widerstand des Einzelnen entweder verbrecherisch oder wenigstens strafbar sei, so stehe jenseits derselben dem Individuum das Recht zu, den ausserhalb des Gesetzes stehenden Angriff der Obrigkeit, also das Einschreiten der inkompetenten oder das materiell gesetzwidrige Einschreiten der kompetenten Obrigkeit im Fall der Not von sich abzuwehren; in der Ausschliessung der Notwehr gegen widerrechtliche Angriffe der Obrigkeit opfere man das Leben, die Freiheit, das Eigentum des Bürgers demjenigen, dessen mit der öffentlichen Autorität ausgerüsteter Willkür es beliebe, diese Güter in Frage zu stellen. —

Bei denjenigen Autoren aber, die nicht de lege ferenda schrieben, sondern deren Erörterung der Interpretation einer bestimmten Gesetzesnorm gewidmet war, lässt sich bisweilen geradezu ein Ringen mit den Buchstaben des Gesetzes beobachten. Daraus erklärt sich die Verschiedenheit der (z. T. oben angeführten) Auslegungsergebnisse zum § 89 Pr.St.G.B., die noch auffallender wird, wenn wir hinzufügen, dass Temme in seinem Lehrbuch § 128 aus der Erwägung heraus, dass zu einer (formell oder materiell) gesetzwidrigen Handlung kein Beamter kompetent sein könne, jeder derartigen Tätigkeit den Charakter einer „Amtshandlung“ abspricht und gegen sie straflosen Widerstand zulässt.[1])

---

und ihr Objekt berücksichtigt) mit den Worten: „Soviel glauben wir hoffen zu dürfen, ... der Wissenschaft und Gesetzgebung einige Anregung gegeben zu haben, die Grundlagen unseres Verbrechens (der Widersetzlichkeit) einer nochmaligen Untersuchung zu unterwerfen.“

[1]) Bezeichnend, weil offenbar dem Gefühl der Unsicherheit einer solchen Auslegung entsprungen, ist freilich die von ihm hinzugefügte Bemerkung: „Man muss gegen eine solche Handlung überhaupt erlaubte Notwehr anerkennen.“ — Allgemein vertritt auch Geib, Lehrb. (1862) II. S. 228 die Auffassung Temmes.

Doch vorläufig gewannen diese Bestrebungen keinen Einfluss auf die Gesetzgebung. Das St.G.B. für das Königreich Sachsen vom 13. Augnst 1855 (revidiert 1868) Art. 142, 144 begnügte sich, fast gleichlautend mit dem Bayrischen St.G.B. vom 10. November 1861 Art. 136, 138, mit dem Verlangen, dass die Widersetzung gegen Personen, welche die Vollstreckung vermöge ihres Amtes oder besonderer Befehle zu bewirken haben, oder gegen eine öffentliche Behörde bei der Ausübung ihrer Amtstätigkeit geschehen sei.[1]) Und auch das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen für das Kaisertum Österreich vom 27. Mai 1852, welches in seinem § 81 denjenigen mit Strafe bedroht, welcher sich einem Richter, einer obrigkeitlichen Person, einem Beamten etc. etc. in Vollziehung eines obrigkeitlichen Auftrages oder in der Ausübung ihres Amtes oder Dienstes .... widersetzt, wurde von Hye, in seinem Kommentar zu diesem Gesetz (Bd. I S. 845)[2]) dahin interpretiert, dass zur „Ausübung des Dienstes“ auf seiten des Beamten nur Erkennbarkeit des Tätigwerdens in amtlicher Eigenschaft und allgemeine sachliche Kompetenz zu verlangen sei.

Angesichts dieses Standes von Literatur und Gesetzgebung können wir uns vorstellen, mit welcher Spannung man der Schaffung des St.G.B. für den Norddeutschen Bund entgegensah. Und doch schien es, als sollte diese Spannung enttäuscht werden.

III. Das Reichsstrafgesetzbuch.

Am 14. Februar 1870, zu Beginn der letzten Session der ersten Legislaturperiode, ging der vom Bundesrat festgestellte Entwurf eines St.G.B. für den Norddeutschen Bund dem Reichstage zu. Wie der Entwurf sich überhaupt grundsätzlich an das Pr.St.G.B. in Form und Inhalt anschloss,[3]) so war auch der § 89 des Pr.St.G.B. fast wörtlich als § 111 darin aufgenommen:

---

[1]) Vergl. hierzu die interessanten Bemerkungen von Otto in Bd. II N. f. der Sächs. Annalen (1869) S. 337 ff., bes. S. 341—350.

[2]) in Anlehnung an die Particular-Entscheidung des Kassationshofs vom 17. März 1853, Z. 2578 (Gerichtszeitung No. 45).

[3]) Motive S. 2: „Dasselbe hat sich in der Erprobung durch Rechtsübung und Rechtswissenschaft als ein im ganzen tüchtiges, jedenfalls von keiner anderen

„Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden der Gerichte berufen ist, während einer Amtshandlung durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während einer Amtshandlung tätlich angreift, wird ...... bestraft u. s. w.

Am 22. Februar fand die erste Lesung des vorgelegten Entwurfs statt, die der Beschlussfassung über seine geschäftliche Behandlung gewidmet war. Schon hierbei kam der § 111 in eine Stellung, die seine Entwicklung ungünstig beeinflussen musste. Entgegen dem Antrage des Abgeordneten Dr. Schwarze, der den Entwurf ganz einer Kommission von 21 Mitgliedern überweisen wollte, fand der Antrag des Abgeordneten Albrecht die Zustimmung des Hauses, der dahin ging:[1])

„Der Reichstag wolle beschliessen, für die Vorberatung des Strafgesetzbuchs eine Kommission von 21 Mitgliedern zu wählen und derselben jetzt schon den Abschnitt VIII und die folgenden Abschnitte des zweiten Teils zu überweisen; im übrigen aber über die vorangehenden Abschnitte in die zweite Lesung einzutreten."

Damit war der § 111, der sich im sechsten Abschnitt des Entwurfs fand, sofort zur Plenarberatung gestellt.

Warnend hatte der Abgeordnete Dr. Windhorst (Stenogr. Ber. 1870 I S. 50) zur Unterstützung des Schwarze'schen Antrags darauf hingewiesen, dass „in dem Kapitel über die politischen Vergehen die grössten und wichtigsten Prinzipien des Bundesstaatsrechts zur Voraussetzung gestellt seien", und die zweifelnde Frage aufgeworfen, ob denn diese Prinzipien bereits so fest und klar begründet seien, dass der Reichtstag nun schon gleich die richtige Bestimmung treffen könne, dass er zu ihrem Schutz und ihrer Aufrechterhaltung die richtigen Strafen konstituieren könne? Die späteren Verhandlungen sollten seinen Befürchtungen Recht geben.

Bereits in den Sitzungen vom 18. und 19. März 1870 kam es gelegentlich der Beschlussfassung über den § 108 (110 R.St.G.B.) zur Erörterung der Grundsätze allgemeiner Natur, die sowohl beim § 108 (110) wie beim

---

Gesetzgebung übertroffenes Werk bewährt, und es bietet sich somit jedem, dem Preussen wie dem Nichtpreussen, dem die Aufgabe gestellt ist, einen Strafgesetzentwurf für den Norddeutschen Bund zu schaffen, von selbst und ungesucht als Vorbild und Grundlage für das neu zu schaffende Werk dar."

[1]) Siehe Stenogr. Ber. 1870 I S. 44.

§ 111 (113) ins Gewicht fallen konnten: Ob „Polizeistaat", ob „Rechtsstaat", ob „Theorie des unbedingten Gehorsams", „des Gehorsams nicht nur gegen Verordnungen, sondern auch gegen alle Anordnungen der Obrigkeit, d. h. der Verwaltungsbehörden, sie mögen in dem Gesetze begründet sein oder nicht". (So z. B. der Abgeordnete v. Unruh (Magdeburg), Stenogr. Ber. 1870 I S. 401.)

Schon hier machte sich stellenweise grosse Unklarheit in den Erörterungen und eine fast unüberbrückbare Gegensätzlichkeit in den Ansichten geltend. Aber das wird man verstehen, wenn man bedenkt, dass immerhin so manche der damaligen Volksvertreter, insbesondere z. B. die Preussischen, noch ganz in den Anschauungen und unter den Formen des Beamtenstaats aufgewachsen waren, während diese Formen von den Vertretern anderer, nicht so straff organisierter Territorien als drückende, um jeden Preis zu vermeidende Fesseln angesehen wurden. Das Auffallende aber war dies, dass zwar diese staatsrechtlichen Gesichtspunkte, besonders gegen Ende der Debatte, immer mehr in den Vordergrund geschoben wurden, dass man sich dadurch zwar immer mehr von dem richtigen Gesichtspunkte entfernte, es handle sich hier um einen Konflikt, um eine Kollision der Interessen — des Staats an der Aufrechterhaltung von Autorität und Ordnung und der Untertanen an der Wahrung ihrer ungeschmälerten Freiheit, — dass man sich aber trotzdem, wenn auch mit geringer Majorität, für den Antrag des Abgeordneten Planck entschied, der zwischen dem zusatzlosen Entwurf und dem Antrag Fries „gesetzlich gerechtfertigte Anordnungen der zuständigen Obrigkeit" vermitteln wollte, und dem § 108 die noch heute (§ 110) bestehende Fassung gab: „gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen".

Man kann diese Abstimmung nur damit erklären, dass sich in den Erwägungen der Abgeordneten schliesslich doch noch die Anschauung durchgesetzt hatte, dass im Interesse eines geregelten Staatslebens ein Kompromiss zwischen den beiden extremen Auffassungen des Polizeistaats und des Rechtsstaats nötig sei und dieser in dem Planckschen Amendement treffenden Ausdruck fände. Gegen diese Anschauung ist an sich nichts einzuwenden, auch wäre sie hier nicht weiter zu erwähnen, wenn sie nicht, wie das Folgende zeigt, auf die Beschlussfassung zu § 111 (113) von so tiefgehendem Einfluss gewesen wäre.

Der § 111 gelangte bereits in der folgenden Sitzung des Reichstags,

am 10. März 1870, zur Beratung.[1]) — Man kann gewiss dem Abgeordneten F r i e s (Stenogr. Ber. I S. 389) Recht geben, wenn er behauptet, beim § 108 handle es sich um ganz dieselben Grundfragen wie beim § 111. Aber musste darum der Kompromiss zwischen den beiden einschlägigen Anschauungen bei beiden Paragraphen gleich ausfallen? Im § 108 handelt es sich um die ö f f e n t l i c h e Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze u. s. w. seitens irgend eines Menschen, der von den betreffenden Gesetzesbestimmungen vielleicht garnicht berührt wird; im § 111 dagegen steht ein Vorgang in Frage, der sich, vielleicht innerhalb der vier Wände eines abgelegenen Wohnhauses, lediglich zwischen dem vollstreckenden Beamten und einem Bürger abspielt, und zwar einem Bürger, wenn wir den ersten Fall des § 111 ins Auge fassen, der von der Vollstreckungshandlung u n m i t t e l b a r in seinen Lebensverhältnissen, in seiner Vermögenslage u. s. w. betroffen wird. Und doch glaubte man, bei der Beratung des § 111 die allgemein sachlichen, prinzipiellen Erörterungen als erledigt betrachten zu dürfen, und ausschliesslich die formelle Seite, den Wert und die Bedeutung der verschiedenen beantragten Zusätze behandeln zu müssen, ein Punkt, für dessen glückliche Erledigung ganz besonders eine vorgängige Kommissionsberatung vom Vorteil gewesen wäre.

Zwei Abänderungsanträge lagen vor, einmal der des Abgeordneten F r i e s, statt „während einer Amtshandlung" zu setzen „während der g e s e t z m ä s s i g e n V o r n a h m e einer Amtshandlung" und zweitens der des Abgeordneten P l a n c k, statt der genannten Worte des Entwurfs zu setzen „während einer i n n e r h a l b s e i n e r Z u s t ä n d i g k e i t v o r g e n o m m e n e n Amtshandlung".

Zunächst ergriff Abgeordneter von B r a u c h i t s c h das Wort, um für den Planckschen Antrag zu sprechen. Er legte sich die Frage vor, was denn unter der „gesetzmässigen Vornahme" des Friesschen Amendements zu verstehen sei. „Soll das nur heissen, dass der Beamte bei der Vornahme einer Amtshandlung innerhalb seiner g e s e t z l i c h e n (!) B e f u g n i s handelt, so würde ich das Amendement für ganz unverfänglich halten, denn dann würde es nichts anderes bedeuten, als was das Amendement des Abgeordneten P l a n c k sagt, dass der Beamte „innerhalb seiner Zuständigkeit" verfährt. Soll es aber heissen, dass in jedem einzelnen Falle der, welcher einen persönlichen

---

[1]) Stenogr. Ber. 1870 I S. 428 ff.

Widerstand entgegensetzt, berechtigt sein soll, dem Beamten gegenüber zu prüfen und zu entscheiden, ob derselbe, während er sich im Kreise seiner Amtsbefugnisse befindet, etwa über das Gesetz (!) hinausgegangen ist, dann muss ich mich ganz entschieden dagegen erklären."

Schon diese kurzen Ausführungen zeigen, wie wenig man sich klar war über die Bedeutung der fraglichen Begriffe. Aus den vorstehenden Worten des Abgeordneten v. Brauchitsch ist ein Unterschied zwischen den beiden Auffassungsmöglichkeiten, die er hier beim Friesschen Antrag konstruiert, wirklich nicht zu entnehmen.

Klarer spricht in dieser Beziehung der Abgeordnete Planck, wenn er meint: „Der Entwurf lässt die Deutung zu, dass jede Handlung eines Beamten, die derselbe als eine Amtshandlung bezeichnet, unbedingt geschützt werden soll, wenn dieselbe auch ausserhalb seiner Zuständigkeit vorgenommen ist; andererseits lässt das Friessche Amendement die Deutung zu, dass bei jeder Handlung eines Beamten geprüft werden muss, ob die materiellen Voraussetzungen, unter welchen das Gesetz die Vornahme dieser Handlung gestattet, vorliege oder nicht, und dass, wenn diese materiellen Voraussetzungen wirklich nicht vorliegen, dem Beamten Widerstand entgegengesetzt werden kann auch dann, wenn nach der Absicht des Gesetzes dem Beamten selbst die vorläufige Entscheidung darüber zustehen soll, ob diese Voraussetzungen zutreffen."

Aber, übersieht Planck denn nicht hierbei, dass Fries dem fraglichen Paragraphen keineswegs die Fassung geben will „während einer gesetzmässigen Amtshandlung", sondern vielmehr „während der gesetzmässigen Vornahme einer Amtshandlung?" Bei der ersteren Fassung hätte man an eine objektiv richtige Amtshandlung denken können, an eine solche, bei der — darauf will Planck doch wohl mit dem Ausdruck „materielle Voraussetzungen" hinweisen — die tatsächlichen vom Gesetz vorausgesetzten Lebensverhältnisse unter allen Umständen auch wirklich, d. h. nicht nur nach der subjektiven Beurteilung des Beamten vorliegen. Nun aber wurde eine gesetzmässige Vornahme der Amtshandlung verlangt. Und eine solche liegt doch auch dann vor, wenn „nach der Absicht des Gesetzes dem Beamten selbst die vorläufige Entscheidung über die gesetzlichen materiellen Voraussetzungen der Amtshandlung zustehen soll und er diese Entscheidung trifft. Es ist dann eben die Amtshandlung nicht

von diesen materiellen „Voraussetzungen" abhängig gemacht, sondern lediglich von dem pflichtmässigen Ermessen des Beamten. — Kurz, wenn wir die Plancksche Auslegung des Begriffs „gesetzmässig" lesen, so können wir dem Abgeordneten Lasker nicht Unrecht geben, wenn er in Erwiderung der Planckschen Ausführungen sagt: „Wenn jemand Widerwillen hegt gegen einen Antrag, kann er so viel Zweifel in die Worte legen, dass das Ding wie streitig erscheint."

Allerdings, ganz klar und in der Auslegung zweifelsfrei waren beide Anträge nicht. Daher auch die grosse Unsicherheit und Auffassungsverschiedenheit in den nun folgenden Reden. Bald fasst man Zuständigkeit ganz allgemein, sodass das Verhaften als solches zur Zuständigkeit der Kriminalpolizei gehören soll, weil sie sowohl das Recht der Verhaftung auf frischer Tat, als auch das Recht der Verhaftung auf Anweisung des Gerichts habe.[1]) Bald fasst man den Begriff in ganz konkretem Sinne, so z. B. der Abgeordnete Planck, der im weiteren Verlaufe der Debatte eine derartige Auslegung seines Antrags gibt, dass man es erklärlich findet, wenn ein grosser Teil der übrigen Redner die beiden sich gegenüberstehenden Anträge als ziemlich gleichbedeutend hinstellt. Gerade dies letztere ist aber, wie man vermuten darf, für die schliessliche Abstimmung von bedeutendem Einfluss gewesen. Denn wenn nun Staatsminister Dr. Leonhardt, also eine für Theorie und Praxis gleich autoritative Persönlichkeit, darauf hinweist,[2]) dass seiner Ansicht nach aus Gründen der Konsequenz wie aus sachlichen Gründen zum § 111 ebenso geschlossen werden müsse, wie auf Grund des Planckschen Amendements zum § 108 beschlossen worden sei — eine, wie oben dargelegt, durchaus irrige Deduktion —, wenn weiter von verschiedenen Rednern das Vertrauen auf die vernünftige Auslegung von seiten der Gerichte und der Wissenschaft betont wurde,[3]) so wird man es verstehen, dass die nun folgende Abstimmung zu gunsten des Planckschen Amendements ausfiel; aber jedenfalls — und das zu zeigen, war der Grund, aus welchem auf diese Debatte näher eingegeangen werden musste — ist es völlig unberechtigt, auf Grund dieser Verhandlungen zu behaupten, bei der Abstimmung habe man sich von staatsrechtlichen Maximen, etwa vom Standpunkte des Rechts-

---

[1]) Rede des Abgeordneten Lasker, Stenogr. Ber. 1870 I S. 428/429.

[2]) Stenogr. Ber. 1870 I S. 430.

[3]) Vergl. Rede des Abgeordneten Lasker, Stenogr. Ber. 1870 I S. 428/29 und Rede des Abgeordneten Dr. Schwarze eod. S. 429.

staats leiten lassen, und aus diesem Prinzip heraus müsse die endgültige Fassung des Paragraphen interpretiert werden.[1])

Soviel geht zwar aus der Tatsache, dass man überhaupt einen Zusatz des Entwurfs für nötig hielt, hervor, dass man einen unbedingten Gehorsam gegenüber dem Beamten, bloss weil er Beamter sei, wenn er auch durch sein Verhalten noch so sehr allem Gesetz und Recht Hohn spräche, nicht fordern wollte. Auch das wird man weiter mit Hiller (Rechtmässigkeit S. 60) aus den Verhandlungen entnehmen können, dass es sich nach Ansicht der Abgeordneten bei der Normierung des strafbaren Widerstands „niemals um eine Prüfung der „materiellen Voraussetzungen", unter denen der betr. obrigkeitliche Akt vom Gesetze gestattet sei, handeln könne", — falls Hiller „materielle Voraussetzungen" in dem oben erläuterten Sinne fasst. Aber warum man sich gerade bei der Wahl zwischen den beiden beantragten Zusätzen für den Planckschen entschied, und in welchem der verschiedenen ihm im Laufe der Debatte beigelegten Bedeutungen man ihn wählte, — dafür lassen sich sachliche Motive aus der geschilderten Verhandlung schlechterdings nicht entnehmen, zumal von den Rednern bei der Erörterung der verschiedenen Anträge staatsrechtliche Gesichtspunkte absichtlich [2]) nicht zur Sprache gebracht wurden.

Doch nun zum letzten Stadium in der Entwicklung unseres Paragraphen.

Trotz der langen Erörterungen, die sich an seine Fassung in der zweiten Lesung angeknüpft hatten, lag auch für die dritte Lesung ein Abänderungsantrag vor. Die Abgeordneten Lasker und Genossen beantragten (No. 193 der Drucksachen),[3]) im § 109 (111 zweiter Lesung) an die Stelle der Worte „während einer innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung" zu setzen „in (bezw. während) der rechtmässigen Ausübung seines Amtes".

Man hätte glauben sollen, dass dieser Antrag auf den heftigsten Widerspruch gestossen wäre, denn, wie oben geschildert, hatte der Reichstag nur wenige Wochen vorher bei der zweiten Lesung des Entwurfs nach heftigen Debatten einen ganz ähnlich lautenden Antrag

---

[1]) Diese Ansicht vertritt z. B. Binding in seinen Normen (Teil II S. 588).

[2]) Vergl. Rede des Abgeordneten von Brauchitsch, Stenogr. Ber. 1870 I S. 428 und Rede des Abgeordneten Planck, eodem.

[3]) Stenogr. Ber. 1870 II S. 1168/1169.

(„während der g e s e t z m ä s s i g e n Vornahme einer Amtshandlung") abgelehnt, und nun machte derselbe Abgeordnete L a s k e r, der damals so warm für das abgelehnte Amendement eingetreten war (vergl. Stenographischen Ber. 1870 I S. 428/429), diesen neuen Abänderungsvorschlag, ohne ihn auch nur persönlich zu begründen. Der einzige, der zu dem Antrag, zu seiner Unterstützung, das Wort ergriff, war der Abgeordnete Dr. M e y e r (Thorn). Aber auch er beschränkte sich in seiner Begründung darauf, auf das allerdings von d e m s e l b e n Reichstag angenommene Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 hinzuweisen, dessen § 161 besagte:

> „Wer sich Handlungen oder Unterlassungen zu schulden kommen lässt, wodurch ein solcher Beamter (ein Zollbeamter) in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes verhindert wird, hat, insofern damit keine Beleidigung oder tätliche Widersetzlichkeit gegen die Person des Beamten verbunden ist, ... Geldstrafe .... verwirkt. Beleidigungen oder tätliche Widersetzlichkeiten gegen einen zur Wahrnehmung des Zollinteresses verpflichteten Beamten bei rechtmässiger Ausübung seines Amtes werden .... nach den Bundesgesetzgebungen bestraft."

Dort sei für den einzelnen Fall des tätlichen Widerstands gegen Zollbeamte ein Prinzip angenommen, das seines Erachtens hier im § 109 (113) generalisiert werden müsse, — - - und der Reichstag schloss sich seiner Ansicht ohne weitere Debatte an, man muss sagen, merkwürdigerweise. Denn wenn auch die Stenographischen Berichte der Reichstagsverhandlungen gewiss nicht als ein untrügliches Spiegelbild der bei den Abstimmungen mitwirkenden Motive hingestellt werden sollen, so hat zweifellos die Abstimmung in diesem Falle etwas Überraschendes, Rätselhaftes an sich. Dieses Rätselhafte wird auch nicht durch die Stenographischen Berichte der Zollparlamentsverhandlungen bei der Beratung des Vereinszollgesetzes aufgeklärt. Im Gegenteil. Obgleich das Vereinszollgesetz mit seinen Strafbestimmungen (§§ 134—165) zum ersten Male eine einheitliche Zollstrafgesetzgebung für sämtliche Vereinsstaaten und damit eine wichtige tiefgreifende Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechtszustande schuf, obgleich infolgedessen das Zollparlament gerade diesen Strafbestimmungen bei der Beratung seine besondere Aufmerksamkeit widmete, wie die Stenogr. Ber. S. 18 ff. und vor allem S. 192 ff. beweisen, — so hielt es doch weder die vom Bundesrat des Deutschen Zollvereins dem Gesetzentwurf beigefügte

Denkschrift (Ziff. 75) für nötig, den § 160 (161) besonders zu erwähnen,[1] noch entspann sich bei der Beratung im Zollparlament selbst irgend eine Diskussion.[2]

Wir scheiden also von der Betrachtung der Entstehungsgeschichte unseres Paragraphen in der Hauptsache [3] mit einem negativen Ergebnis: Wenn schon die Beschlussfassung in zweiter Lesung in ihren sachlichen Motiven, insbesondere in ihrem Verhältnis zu den einschlägigen staatsrechtlichen Problemen unklar war, so gilt dies in noch viel höherem Masse von der dritten Lesung. Die historische Interpretation sieht sich bei dem Übergange von der zweiten zur dritten Lesung einfach vor einer tiefen Kluft, über die eine wenn auch noch so schwache Brücke nicht hinüberführt. Es ist falsch, wenn Binding, Lehrb. S. 765, zur Unterstützung seiner Auslegungsansicht (nicht nur anmerkungsweise, sondern offen im Text) ausführt: „Die Worte „in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes" sagen genau dasselbe, was bei Beratung des norddeutschen Strafgesetzentwurfs das Amendement Fries: „während der gesetzmässigen Vornahme einer Amtshandlung" hat sagen wollen und weichen fundamental ab von dem Sinn des Amendement Planck, der gesagt haben wollte: „innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommen". Daran wird auch durch die Tatsachen nichts geändert, dass in der zweiten Lesung das Amendement Fries abgelehnt, dagegen das von Planck angenommen wurde. Alle Redner, die damals, ausser von Bauchitsch und Planck, das Wort nahmen, lassen klar erkennen, „dass der gesetzwidrigen Amtshandlung soll Widerstand geleistet werden dürfen". Wie der Autor in dieser Weise die zweite Lesung für die Auslegung der dritten verwerten will, erscheint einfach unverständlich. Man mag mit Binding im vorangesetzten Resultat übereinstimmen, dies kann trotzdem nicht als eine auch nur irgendwie beweiskräftige Begründung seiner Ansicht gelten.

Ja, nicht einmal so viel kann man nach unserer obigen Darstellung behaupten, wie Olshausen (Anm. 12 zu § 113) tut, dass nach der Geschichte der Einschaltung des Wortes „rechtmässig" mit ihr an die Handlung des Beamten eine Anforderung gestellt werde, die wenigstens in gewisser Hinsicht, von derjenigen der Zuständigkeit des Beamten

[1]) Vergl. Aktenstück 4 der Anlagen zu den Versammlungen des Deutschen Zollparlaments.

[2]) Weder bei der Vorberatung, Stenogr. Ber. 1869 S. 48, noch bei der Schlussberatung, eodem S. 200.

[3]) Vergl. folgende Seite oben.

abweiche.[1]) Diese Feststellung verlangt erst noch den Nachweis ihrer Richtigkeit, in der Geschichte liegt ein solcher nicht.

Wie bereits kurz angedeutet, wollen wir freilich mit den vorstehenden Ausführungen der Geschichte des Paragraphen nicht absolut jeden Wert für die Auslegung der „Rechtmässigkeit der Amtsausübung“ absprechen. Eine Reihe von Momenten in Analyse des Begriffs finden in der Geschichte eine immerhin dankenswerte Aufklärung; wir haben einige dieser Punkte schon oben gestreift, auf andere werden wir bei der sachlichen Erörterung einzugehen haben. Aber einen nach Umfang und Inhalt vollständigen, fest umgrenzten Gesamtbegriff, ja selbst nur einen einigermassen sicheren Anhalt für die Aufsuchung dieses Begriffs vermögen wir aus der geschilderten Entwicklung des § 113 nicht zu entnehmen.

Damit haben wir die Darstellung der Geschichte des Begriffs der Rechtmässigkeit beendet.[2]) Wenn wir nun noch mit wenigen Worten auf die neuere Literatur eingehen, so geschieht es nur, um einige allgemeine Gesichtspunkte klarzustellen, die auf die Methode der sachlichen Erörterung von wesentlichem Einfluss sind.

Der wichtigste, den wir da zu erwähnen haben, ist das Verhältnis von § 113 und Notwehr, ist die Frage: Stellt § 113 lediglich eine verbotene Tat, nämlich den Widerstand gegen rechtsmässige Amtsausübung, unter Strafe, oder ist durch die Fassung des Paragraphen (vermöge des argumentum e contrario) [3]) zugleich ein Widerstandsrecht normiert gegen jede unrechtmässige Amtshandlung bezw. welchen Voraussetzungen unterliegt dieses Recht? Wir haben die richtige Stellungnahme zu dieser Frage schon oben beim § 89 Pr.St.G.B. (S. 22 f.) gekennzeichnet. Aber sie ist nicht immer anerkannt worden.

Hiller (Rechtmässigkeit 1873) war der erste, der die Behauptung aufstellte: „Durch die Qualifikation der Amtshandlung als einer „rechtmässigen“ beim Vergehen der Widersetzlichkeit ist ein Recht des Widerstandes gegen die unrechtmässig handelnde Obrigkeit anerkannt, und

---

[1]) Ebenso v. Streit S. 91.

[2]) Denn die Änderung im Strafmass des § 113, die durch die Strafgesetznovelle vom 26. Februar 1876 herbeigeführt wurde, interessiert für unsere Untersuchung nicht.

[3]) Guggenheimer, Irrtum S. 16.

dies Recht beruht auf dem Prinzip der Notwehr".[1]) Wie sehr eine solche Grundauffassung die Auslegung des Merkmals der Rechtmässigkeit beeinflussen musste, ist klar. Es war doch unmöglich, dem Untertanen gegen die Obrigkeit ein weitergehendes Selbstverteidigungsrecht einzuräumen als gegen Privatpersonen. Wenn man also die Straflosigkeit des Widerstandes gegen unrechtmässige Amtsausübung im § 113 selbst proklamiert sehen wollte, so musste man allerdings darnach trachten, in letzteren alle Erfordernisse einer gerechten Notwehr hineinzuinterpretieren. Und so kommt denn Hiller, bei übertriebener Berücksichtigung staatsrechtlicher Grundsätze und auf naturrechtlicher Grundlage (vergl. S. 42, 49 a. a. O.), dazu, nur dort ein Widerstandsrecht anzuerkennen, wo die Amtshandlung ein offenbares und sehr ernstes formelles Unrecht enthält, wo es sich „um Verletzungen der höchsten Rechte der Untertanen so evidenter Art handelt, dass die individuelle Überzeugung des Einzelnen von seiner Beeinträchtigung notwendig auch die aller Verständigen sein muss und daher rechtlich unbedenklich ihr gemäss gehandelt werden mag". Alles dies soll in der „Rechtmässigkeit" enthalten sein! Man sage nun nicht, dass Hiller eben einen falschen Notwehrbegriff zu Grunde lege. Denn nehmen wir nur einmal den richtigen Sinn der Notwehrbestimmung (des § 53), — wer sagt uns denn, dass „rechtswidrig" im § 53 und „rechtmässig" im § 113 durchaus korrespondierende Begriffe sind. Max Ernst Mayer (Widerstand S. 443 ff.) glaubt es uns dartun zu können. Aber ist es ihm wirklich gelungen?

Mayer geht, um ein Prinzip für die Interpretation der Rechtmässigkeit zu finden, von einem Vergleiche aus zwischen dem Notwehrrechte des § 53 und dem Widerstandsrechte des § 113. Schon in der ersten Hälfte dieses Vergleichs, die den Nachweis anstrebt, dass das Widerstandsrecht nicht in weiteren Grenzen zugelassen ist, als das Recht

---

[1]) Ähnlich sprechen sich aus: Guggenheimer, Irrtum S. 11 ff. (S. 29 fast wörtlich wie Hiller); er bezeichnet den Begriff des berechtigten Widerstands als „einen Mittelbegriff zwischen Notwehr und Nichtnotwehr" (S. 16), weil „die Bedingungen der Notwehr und des straflosen Widerstands (d. h. die Natur des Angriffs) verschieden, die Grenzen dieselben sind". (Guggenheimer verlangt nämlich für § 53 subjektive, für § 113 nur objektive Rechtswidrigkeit). Weiter Mayer, Widerstand S. 443 ff., Borchardt, Voraussetzungen S. 32, und schliesslich v. Liszt, Lehrb. § 171, II S. 555, der im Anschluss an seine Definition der Rechtmässigkeit sagt: „Mit der Überschreitung der Grenzen der Rechtmässigkeit beginnt auch hier die Berechtigung des Widerstandes".

der Notwehr, fällt auf, dass Mayer sich zum Beweise seiner Ansicht, § 113 wolle keineswegs auch eine nicht erforderliche Verteidigung rechtfertigen, bloss auf die unerträglichen Konsequenzen einer gegenteiligen Ansicht und auf die systematische Auslegung des Paragraphen berufen kann. Da scheint es doch noch richtiger, wenn Guggenheimer (Irrtum S. 14/15) zur Begründung derselben Ansicht einfach auf die schon von Hiller behauptete enge Verbindung von Widerstands- und Notwehrrecht hinweist und lehrt, dass zur Umgrenzung des ersteren Rechts die Lehren von der Notwehr heranzuziehen seien.

Doch nun kommen wir erst zu dem, was den Mayerschen Ausführungen alles Überzeugende raubt. Im Anschluss nämlich an seine Darlegung, dass das Widerstandsrecht des § 113 kein weitergehendes sei als das Notwehrrecht, meint er: „Da der § 113, wie diese Erörterungen zeigen, den § 53 nicht modifiziert, erübrigt es sich, im einzelnen nachzuweisen, dass dem Widerstandsrechte auch nicht etwa engere Schranken gezogen sind." Ist das eine stichhaltige Begründung, wie sie gerade hier so notwendig war, weil eine Reihe Autoren die Rechtmässigkeit nur nach dem „pflichtmässigen Ermessen" des Beamten beurteilen will, trotzdem auch sie, wie z. B. Bolze, Goltd. Arch. 23 S. 395, für die Notwehr einen objektiv rechtswidrigen Angriff verlangen? Wenn also Mayer nunmehr für seine Untersuchung die Frage nach der Rechtmässigkeit umwandeln zu dürfen glaubt in die Frage: Unter welchen Voraussetzungen ist die Vollstreckungshandlung ein rechtswidriger Angriff im Sinne des § 53? — so müssen wir ihm die Berechtigung dazu absprechen.[1]) Mayer zeigt nicht, wie der Begriff der Rechtmässigkeit ausgelegt werden muss, sondern nur, wie er ihn auslegen will: entsprechend der Rechtswidrigkeit der Notwehr. Wenn wir auch in seinem Endresultat, in den sachlichen Konsequenzen, wie sich später zeigen wird, mit ihm übereinstimmen, so fehlt doch bei ihm ein überzeugend begründetes Fundament für den Aufbau dieses Ergebnisses. Ja, das ohne stichhaltigen Grund der Erörterung untergelegte Schema ist geradezu falsch: § 113 normiert einen von den Notwehrgrundsätzen unabhängigen Deliktstatbestand; von einem Widerstandsrechte ist in ihm nicht die Rede. Unterfällt eine Hand-

---

[1]) In ähnlich unmotivierter Weise schliessen sich auch v. Kallina, Notwehr S. 53 ff., und v. Kirchenheim, G.S. XXX S. 188 und 201 in ihrer Untersuchung zu eng an die Notwehrgrundsätze („Rechtswidrigkeit") an, obwohl sie im übrigen (s. u.) unsere Ansicht über das Verhältnis von § 113 und § 53 teilen.

lung nicht diesem Tatbestand, so wie er sich ungekünstelt aus den Worten des Gesetzes ergibt, so ist sie eben kein Widerstand gegen die Staatsgewalt, so ist sie eben der Strafbestimmung des § 113 nicht zu unterwerfen. Aber deshalb ist die dem Beamten zugefügte Körperverletzung, Bedrohung u. s. w. noch nicht jeder Strafe entzogen. Sie ist vielmehr wie jede andere körperliche Misshandlung, Gesundheitsschädigung u. s. w. eines Menschen zu beurteilen.

Dies ergibt sich schon einfach aus der Erwägung, dass der § 113 nur eine Sonderstrafnorm enthält. Ist dem Beamten durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand geleistet, so soll nach der Absicht des Gesetzes mindestens der Strafrahmen des § 113 (Gef. von 14 T. bis zu 2 J.) Anwendung finden. Verletzt aber die Widerstandshandlung ausserdem noch andere Strafgesetze, so liegt eben eine Idealkonkurrenz (§ 73) vor, etwa eine Körperverletzung, durch die einem Beamten Widerstand geleistet wurde [1]) d. h. es ist der Strafrahmen der letzteren Gesetze ausschliesslich zu Grunde zu legen, falls er der schwerere ist. Wollte man dies nicht zugeben, so gewänne § 113, der Absicht des Gesetzes entgegen, unter Umständen geradezu einen privilegierenden Charakter, insofern z. B. eine Körperverletzung mittelst gefährlichen Werkzeugs im allgemeinen nach § 223 a mit Gef. von 2 M. bis zu 5 J., wenn sie sich aber zugleich als Widerstand gegen die Staatsgewalt darstellte, nur mit 14 T. bis zu 2 J. zu bestrafen wäre.

Wie nun aber schon in diesen Fällen die Widerstandshandlung sich nach den allgemeinen Strafgesetzen beurteilt, so gilt dies erst recht, wenn das Delikt überhaupt nicht den Tatbestand des § 113 (wegen fehlender Rechtmässigkeit des amtlichen Handelns), sondern nur den eines anderen Gesetzes erfüllt. Es greift dann eben ungehindert die Strafnorm dieses Gesetzes Platz, — sofern nicht ein Strafausschliessungsgrund vorliegt, z. B. die Handlung sich als eine Verteidigung darstellt, welche zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs von sich oder einem Andern erforderlich war.[2])

---

[1]) Auf die nicht unbestrittene Frage, ob bei einzelnen Paragraphen die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz mit § 113 zu verneinen ist, soll damit nicht eingegangen werden. Vergl. dazu z. B. Meves in v. Holtzendorffs Handb. IV S. 312/313.

[2]) Ein Beispiel aus der Praxis bietet das Urteil des. II. Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 29. September 1871, welches die Entscheidung auch ganz im obigen Sinne fällt (Braunschw. Z. f. R. Jahrg. 18, (1871) S. 154/155). — Besonders prägnant findet

Auf der anderen Seite aber besteht insofern ein untrennbarer Zusammenhang zwischen § 113 und § 53, als jedenfalls, wie auch die „Rechtmässigkeit" zu interpretieren sein mag, gegen eine „im Sinne des § 113 rechtmässige" Handlung nie Notwehr anzuerkennen ist: § 113 gehört nach Entstehungsgeschichte und Sinn zu jenen Gesetzesbestimmungen, die da festlegen, welche Angriffe „zu dulden" sind und demnach nie als „rechtswidrige" im Sinne der Notwehr erscheinen können.[1]

Gerade dies letztere ist es, was auch von den Anhängern unserer Ansicht bisweilen verkannt wird. So betont z. B. Bolze (Goltd. Arch. Bd. 23, 1875, S. 389)[2] gegen Hiller ganz entschieden, dass der § 113 ausschliesslich ein einzelnes Vergehen und seine Strafe normiere, und doch meint er S. 395, dass darüber, ob bei rechtmässiger Amtsausübung, die zugleich [3] ein objektiv rechtswidriger Angriff auf ein wichtiges und unersetzliches Gut sei, dem Untertanen gewaltsame Abwehr gestattet sei, „die Theorie der Notwehr" zu bestimmen habe.

Und Binding nimmt in seinem Handbuch I S. 143 an, dass gegen die Handlung eines Amtsuntergebenen, der einen bindenden Befehl rechtswidrigen Inhalts zur Ausführung bringe, eben wegen seiner Gebundenheit aber in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes sei, doch ein Recht zur Notwehr anzuerkennen sei.[4]

---

sich weiter unser Standpunkt bei v. Kirchenheim, G.S. XXX S. 200; vergl. auch Pfeiffer, Beitr. S. 49; Olshausen, Anm. 29 b zu § 113; Schütze, Lehrb. S. 264, Anm. 22; Oppenhoff, St.G.B. Anm. 18 zu § 113 und v. Kallina, Notwehr S. 33: „Es ist der berechtigte Widerstand nichts anderes als ein Notwehrrecht".

[1] Ebenso Olshausen, Anm. 29 a zu § 113; Borchardt, Voraussetzungen S. 33, und auch das Reichsgericht betont in E. 22, 301 (wenn auch von anderem allgemeinerem Gesichtspunkte aus): „Selbstverteidigung und Selbsthilfe ist dem Privatmann gegenüber innerhalb gewisser Schranken gestattet. Der Obrigkeit ist jedermann Gehorsam schuldig, und deshalb kann einem Vollstreckungsbeamten gegenüber, welcher einen obrigkeitlichen Befehl in rechtmässiger Amtsausübung ausführt, ein Widerstand mittels Drohung oder Gewalt niemals als rechtmässig gelten. Die entgegenstehende Auffassung des ersten Richters würde folgerichtig zur vollständigen Auflösung der Staatsordnung führen."

[2] Ebenso Pfeiffer, Beitr. S. 51 ff.

[3] Ob dies nach richtiger Auffassung überhaupt möglich ist, wollen wir unten (im zweiten Teil) untersuchen.

[4] In seinem Lehrbuch (S. 771 ff.) vertritt Binding dagegen die richtige Ansicht, dass in solchem Falle auch von rechtsmässiger Amtsausübung nicht die Rede sein könne (vergl. unten II. Teil 3 b). Er erkennt hier (S. 777) an, dass gegen die im Sinne

Das wichtige Prinzip, das wir aus dieser Erörterung des Verhältnisses von § 113 und § 53 für den Gang unserer Untersuchung entnehmen, ist jenes: Der § 113 und insbesondere die Rechtmässigkeit der Amtsausübung sind nicht von vornherein in enger Anlehnung an die Grundsätze der Notwehr, sondern unbeeinflusst von diesen zu interpretieren, denn das Delikt des § 113 ist von dem Selbstverteidigungsrecht des § 53 nicht abhängig.

Im Anschluss an die im vorhergehenden zitierte Hillersche Auffassung muss nun schliesslich noch eine Theorie Erwähnung finden, die ebenfalls irreführend auf die Auslegung von § 113 eingewirkt hat: Die Theorie von der Präsumtion der Legalität der Amtshandlung. Diese Theorie gipfelt in dem Satze: Das amtliche Handeln gilt solange als gesetzentsprechend, bis seine Rechtswidrigkeit im Wege der Beschwerde festgestellt ist: Im Augenblicke des Handelns hat also der Untertan unbedingt zu gehorchen. Eine Ausnahme wird höchstens für den Fall zugelassen, in welchem das Vorgehen des Beamten ganz offenbar den Stempel des Unbefugten oder gar Verbrecherischen an der Stirne trägt.

Diese Theorie, besonders häufig vor der Schaffung des R.St.G.B. vertreten (z. B. von v. Jagemann, Arch. d. Krim. (1842) S. 600 Anm. 21, Zachariä eod. (1843) S. 374, Luden, Handbuch I S. 300 und Abhandl. Bd. II S. 494 Anm. 2, Goltdammer, Mater. 7 b zu § 89 Pr.St.G.B., ganz früh auch schon von den Glossatoren, besonders Azo in der Glosse zu l. 128 § 1 D. de R.J., zu l. 3 D. de J. et J. und zu c. 1 C. Unde vi, vergl. dazu Seeger, Abhandl. I S. 400),[1]) ist auch des öfteren in die Untersuchung der Rechtmässigkeit des § 113 übergegangen. So findet sie sich bei Hiller, Rechtmässigkeit, ausdrücklich S. 73, ferner in Braunschw. Z. f. R. Jahrg. 18 S. 7, wo auch auf ein Urteil des

---

des § 113 rechtmässige Vollstreckungshandlung Notwehr nicht gegeben sei: wohl aber gebe es einen die Widerstandshandlung entschuldigenden Notstand, in dem Falle z. B., dass der Ausführung eines verbindlichen Vollstreckungsbefehls ein Widerstand entgegenträte, der sich seinerseits als Verwirklichung eines verbindlichen Befehles, sie nicht zuzulassen, darstelle. — Dieser Fall ist aber hier ohne Belang, da in ihm nicht das Merkmal der Rechtswidrigkeit die Entscheidung bedingt, sondern der strafausschliessende Charakter des amtspflichtmässigen Gehorsams, auf den wir im Verlaufe der Erörterung noch zurückkommen werden.

[1]) Entschieden dagegen aber Köstlin, Revision S. 725.

Obertribunals Bezug genommen wird, in dem es ebenfalls heisst: „O f f e n b a r gegen das Gesetz vorgenommene Handlungen des Beamten berechtigen zur Abwehr"; schliesslich in dem schon zitierten Urteil des H. Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 29. September 1871 (Braunschweigische Z. f. R. Jahrg. 18 S. 154): „Die Grenzen rechtmässiger Amtsausübung im Sinne des Strafgesetzbuchs überschreitet der Beamte durch jede ...... ohne weitere Beurteilung zweifelhafter Tatsachen o f f e n b a r ausserhalb seiner Zuständigkeit liegende Handlung." Und doch ist eine Legalitätspräsumption in diesem Sinne nirgendwo in unserem Recht anerkannt. Der § 113 selbst deutet doch gewiss nicht darauf hin; aber auch als Grundsatz unseres Beamtenrechts kann sie nicht gelten. Ausdrücklich macht das Gesetz (§§ 10,13 des R. Beamten-Ges.) den Beamten für die Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich, und auch in der staatsrechtlichen Literatur ist nunmehr die Theorie eines bloss bedingten, verfassungs- und gesetzmässigen Gehorsams unbestritten (vergl. v. K a l l i n a , Notwehr S. 32 und v. K i r c h e n h e i m G.S. XXX S. 204).

Wir können deshalb auf eine eingehende Widerlegung dieser Ansicht für den § 113 verzichten, zumal die Theorie von allen n e u e r e n Autoren, welche sie überhaupt erwähnen, entschieden abgelehnt wird (vergl. z. B. v. S t r e i t , Widersetzung S. 86/87 und S. 111; P f e i f f e r , Beitr. S. 47).

Zweiter Teil.

Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung.

„in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes."

I. Entwicklung des Begriffs im allgemeinen.

Bei der Untersuchung des Begriffs der rechtmässigen Ausübung des Amtes gehen wir am besten aus von der ursprünglichen Gestalt des § 113. Bei der zweiten Lesung hatte sich der Reichstag, wie erwähnt, für die Fassung entschieden: „während einer innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung". Diese Fassung war von der heutigen sprachlich weit verschieden. Denn was bedeutet Amtshandlung? Im Grunde, dem buchstäblichen Sinne nach, fällt darunter nur diejenige Tätigkeit, welche allseitig und ganz objektiv den Amtsbefugnissen des betr. Beamten entspricht. Aber dieser Version des Begriffs steht doch eine andere gegenüber, die im täglichen Leben viel häufiger zur Anwendung gelangt, eine Version, in der ein subjektives Moment zum entscheidenden Merkmal geworden ist: Man verwendet Amtshandlung vielfach im Sinn von Tätigkeit, die ein Beamter als solcher, in dieser seiner Eigenschaft als Beamter — ohne Rücksicht darauf, ob sie wirklich zu seinen amtlichen Befugnissen gehört oder nicht [1]) — vornimmt, für die er die Achtung, welche die öffentliche Gewalt für ihre verfassungs- und gesetzentsprechenden Anordnungen von der Menge verlangen kann, in Anspruch nimmt.[2])

---

[1]) Höchstens, dass man dabei noch eine ganz allgemein gedachte sachliche Zuständigkeit voraussetzt.

[2]) Ders. Ansicht auch v. Jagemann, Archiv. d. Krim. 1842, S. 609/610; ebenso Arnold, eod. 1843, S. 397.

Es ist dieselbe Auslegung, welche das Preussische Obertribunal (vergl. oben S. 24/25) dem § 89 Pr.St.G.B. („während der Vornahme einer Amtshandlung" der Intention des Gesetzgebers folgend zu teil werden liess,[1]) dieselbe, welche der Bundesrat für den gleichlautenden § 111 seines Entwurfs verlangte, wenn er im Reichstage durch seinen Kommissar, den Präsidenten Dr. Friedberg erklären liess (Stenogr. Ber. 1870 I S. 390): „Der Paragraph will zunächst den Gehorsam gegen jede obrigkeitliche Anordnung erzwingen, und erst demnächst, wenn eine solche Anordnung nicht gerechtfertigt gewesen sein sollte, dann wird es Sache der höheren Instanzen sein, Remedur zu treffen. Im Augenblick aber muss Gehorsam gefordert werden"... Und schliesslich ist es auch dieselbe Bedeutung, die der Ausdruck „Amtshandlung" in unserm Strafgesetzbuch hat.

Wenn es im § 114 heisst:

> Wer es unternimmt durch Gewalt oder Drohung eine Behörde oder einen Beamten zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nötigen,.......

so überwiegt in der Literatur ganz ausgesprochen die u. E. richtige Ansicht, dass zur Amtshandlung nur ein Handeln innerhalb der allgemeinen Kompetenz zu verlangen sei,[2]) so dass z. B. ein Beamter, der nur bei Vorliegen ganz bestimmter spezieller und zahlreicher Voraussetzungen zu einer Denunziation befugt und verpflichtet ist, schon dann im Sinne des § 114 eine Amtshandlung vornimmt, wenn er (aus Anlass der Nötigung) ohne jeden Grund einen anderen denunziert. Olshausen

---

[1]) Vergl. auch Goltdammer in seiner kommentarmässigen Zusammenstellung der Materialien zum Pr.St.G.B. (§ 89 Anm. 7), der bei Unzuständigkeit des Beamten ebenso wie bei materieller und formeller Unrechtmässigkeit der Handlung einen strafbaren Widerstand annimmt, weil sie immerhin noch Amtshandlung sei; diesen Charakter aber verliere die Handlung, sobald sie auch „subjektiv ungesetzlich" sei, z. B. ein doloses Amtsverbrechen enthalte oder bestimmte Formen nicht beobachte, ohne die das Gesetz die Handlung nicht als Amtshandlung gelten lasse, z. B. es fehle die vorgeschriebene Uniform des vollstreckenden Beamten. — Ähnlich auch Oppenhoff, Kommentar zu § 89, Ziff. 13.

[2]) Vergl. z. B. R.G.E. 18, 351, R. 1, 770, Schwarze, Kommentar zu § 114, Rüdorff, Kommentar Anm. 3 zu § 114, auch Binding, Lehrb. § 264, III, S. 754 und Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, Jahrg. 18, 1871, S. 11: „Eine Amtshandlung (im Sinne des § 114) ist jede Handlung, welche von dem Beamten in seiner Eigenschaft als Beamter und mit Bezug auf sein Amt gefordert wird."

geht sogar noch weiter und fordert lediglich, dass „die Handlung, deren Unterlassung erzwungen werden soll, den Charakter einer Amtshandlung bewahre. Geschieht dies, so ist sogar gleichgültig, ob sie innerhalb der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit geschah." (Kommentar, Anm. 4 zu § 114.)

Jedenfalls also geht aus dem Gesagten hervor, dass im Sprachgebrauch des Lebens wie des Gesetzes mit dem Ausdruck „Amtshandlung" meist ein sehr subjektives Moment verbunden wird.

Das Gleiche gilt aber nicht von „Ausübung seines Amtes". Schon wenn wir diesen Ausdruck in den § 114 einsetzen, sehen wir den Unterschied.

> Wer es unternimmt, einen Beamten zur Ausübung seines Amtes zu nötigen —

Unwillkürlich verlangen wir hier, dass der Beamte sich wirklich und ganz objektiv oder wenigstens pflichtgemäss — denn dass diese Bedeutung mit dem fraglichen Begriff leicht verbunden wird, soll nicht geleugnet werden [1]) — in der Betätigung seiner gesetzlichen Amtsbefugnisse befindet, dass er die Handlung, zu welcher er jetzt genötigt wird, an sich kraft seines Amtes vornehmen darf und muss. Unwillkürlich fragen wir hier: Was ist denn sein Amt, dessen Ausübung hier in Frage steht? Und da wird man in unserm obigen Beispiel nicht sagen können, sein Amt ist Denunziation, sondern sein Amt ist Denunziation bei Vorliegen der normierten Voraussetzungen, oder wenigstens, wenn er sie bei pflichtmässiger Prüfung für gegeben hält, sein Amt ist das, wozu er vom Gesetz berufen ist.[2])

Dies aber führt uns nun auf den § 113 selbst. Hier sagt uns ja gerade das Gesetz, wozu der betr. Beamte berufen sein muss:

> Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist ....

[1]) v. Streit will anscheinend die erstere Bedeutung als einzig mögliche hinstellen (a. a. O. S. 84): „Amtsausübung d. h. Handlung auf Grund des Amtes, in Ausübung der durch dieses gewährten Rechte und Pflichten." Ähnlich Schütze, Lehrb., S. 264 Anm. 22, der zur Rechtmässigkeit des § 113 unter anderem „Gesetzmässigkeit („Amtlichkeit") des Aktes nach Form und Inhalt" fordert; weiter v. Kirchenheim, G.S. XXX, 1878, S. 193/194. Wie oben dagegen v. Kallina, Notwehr S. 54 und S. 57.

[2]) Sehr scharf wird dies auch von v. Kirchenheim a. a. O. S. 193 betont.

Wenn es nun fortfährt:

in der Ausübung seines Amtes (Widerstand leistet),

so kann das nach den Regeln vernünftiger Sprachauslegung nichts anderes heissen als „in der Vollstreckung von Gesetzen u. s. w."

Hierbei wollen wir nun nicht leugnen, was schon oben kurz bemerkt wurde, dass man vielfach im Leben den Begriff ganz so objektiv, wie wir ihn hier entwickelt haben, nicht gebraucht, sondern oft einen Beamten auch dann als in der Ausübung seines Amtes befindlich bezeichnet, wenn er nur bei pflichtgemässer Beurteilung die Voraussetzungen für sein Eingreifen als im konkreten Fall gegeben ansieht. Aber auch in dieser Bedeutung geht der objektive Charakter des Ausdrucks „Ausübung seines Amtes", der im Gegensatz zu „Amtshandlung" so scharf hervortritt, nicht ganz verloren. Denn in dem Erfordernis der pflichtgemässen Prüfung liegt es schon, dass auch in diesen Fällen in der Hauptsache die Voraussetzungen für das Einschreiten des Beamten tatsächlich gegeben sein müssen und nur die eine oder andere dieser Voraussetzungen infolge unglücklichen Zusammentreffens einzelner Tatumstände vom Beamten als vorliegend angesehen wird, obgleich dies der Wirklichkeit nicht entspricht.

Aber auch wenn man sich überhaupt nicht mit diesem mehr aufs Tatsächliche, auf die Wirklichkeit gerichteten Wortsinn des fraglichen Begriffs einverstanden erklären will, wenn man darin, ähnlich wie bei „Amtshandlung", höchstens das Erfordernis allgemeinster Zuständigkeit sehen möchte — es ist dies u. E. mit dem Sprachgebrauch schlechterdings nicht vereinbar —, so bleibt nun noch das „rechtmässig" in § 113.[1])

Dass dies nichts Subjektives bezeichnen will, sondern rein objektiv.

---

[1]) Dies Wort ist aber auch bei der oben vorgeschlagenen Auslegung von „Ausübung seines Amtes" nicht überflüssig. Auf den ersten Augenblick scheint dann allerdings „rechtmässige Amtsausübung" ein Pleonasmus zu sein. So meint z. B. v. Kirchenheim, G.S. XXX S. 184: „Eine unrechtmässige Amtsausübung ist bei streng juristischer Auslegung eine contradictio in adjecto; sie ist im Grunde ebensowenig eine Amtsausübung als wie ein nichtiges Rechtsgeschäft ein Rechtsgeschäft ist. So können wir das Wort mehr als interpretatives ansehen." Im § 113 wäre dieser Pleonasmus bei der Wichtigkeit des Merkmals auch nicht befremdlich, zumal wir auch sonst im Leben von „reiner, lauterer Wahrheit", von „fester Überzeugung" u. s. w. reden. Immerhin wird uns die genaue Untersuchung des Erfordernisses der Rechtmässigkeit lehren, dass der Inhalt von „Rechtmässigkeit" doch nicht vollständig in „Amtsausübung" enthalten ist. Vergl. dazu unten am Schlusse von II 3b (Anm.).

rein tatsächlich zu nehmen ist, daran ist nicht zu zweifeln.[1]) Schon die Entstehungsgeschichte gewährt uns in diesem Punkte wenigstens einen Anhalt. Der Reichstag hat in zweiter Lesung zu „Amtshandlung" hinzugefügt „innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommen". Es war dabei von allen Rednern, die für ein Amendement eintraten, und selbst vom Abgeordneten Dr. Schwarze, der die Fassung des Entwurfs beizubehalten wünschte (Stenogr. Ber. 1870 I S. 429), immer von neuem der eine Gedanke betont worden, auf jeden Fall dürfe das Gesetz nicht die Auslegung zulassen, dass als Amtshandlung schon eine Tätigkeit zu gelten habe, zu welcher der Beamte sich nur für befugt ausgebe oder höchstens für befugt halte, wenn auch grobfahrlässig. Man wollte deshalb mit dem genannten Zusatz ganz zweifellos dem vagen, unbestimmten Begriff der „Amtshandlung" ein tatsächliches festumgrenztes Kriterium hinzufügen, dessen Vorliegen vom Richter vor jeder Verurteilung ganz objektiv festzustellen sei.

Demgegenüber wäre es aber geradezu unverständlich, wenn der Reichstag von diesem seinem klar ausgesprochenen Standpunkt in dritter Lesung ohne weitere Debatte zum Standpunkt des Bundesratsentwurfs, wie er vom Kommissar Dr. Friedberg in nicht misszuverstehender Weise dargelegt war,[2]) zurückgekehrt sein sollte, ohne aber konsequenterweise die Fassung dieses Entwurfs wiederherzustellen, sondern im Gegenteil einen neuen Zusatz zu schaffen, der gleich auf den ersten Blick einem willkürlichen Vorgehen der Beamten noch viel schärfer entgegenzutreten schien, wie der bisherige Zusatz. Es bleibt also kein Zweifel darüber, dass das Erfordernis der Rechtmässigkeit — wie es auch im übrigen auszulegen sein mag — ebenso wie das der Zuständigkeit ein objektives Merkmal der Handlung bilden sollte.

Es kann deshalb schon hier die Ansicht zurückgewiesen werden, dass nach § 113 der Widerstand gegen jedes Vorgehen eines Beamten strafbar sei, sofern letzterer nur irgendwie zum Ausdruck bringe, dass er in seiner Eigenschaft als Beamter tätig werden wolle. Denn eine solche Theorie stellt nicht ein objektives Erfordernis für die Beamtentätigkeit auf, sondern beurteilt ihren Charakter lediglich nach der Willkür, der Laune des Beamten.[3])

---

[1]) Ebenso v. Kallina, Notwehr gegenüber Amtshandlungen S. 27.

[2]) Stenogr. Ber. 1870 I. S. 391.

[3]) Als eine Unterart dieser Theorie könnte man auch die Ansicht Berners bezeich-

Nicht viel besser aber ist die Ansicht, welche zwar nicht lediglich das Vorgeben des Beamten für den amtlichen Charakter der Handlung entscheiden lassen will, aber immerhin nur dann einen straflosen Widerstand annimmt, „wenn der öffentliche Diener böslicherweise und gegen besseres Wissen gehandelt hat".[1]) De lege ferenda konnte man diese Auffassung diskutieren, im Gesetzestext findet sie keinen Anhalt. Denn auch hier ist von einem objektiven Merkmal der Handlung nicht die Rede, auch hier dreht sich die Untersuchung lediglich um die Frage: Was hat sich der Beamte ohne jeden sachlichen Grund von seiner Tätigkeit gedacht?

Zur Widerlegung dieser Ansicht, die den guten Glauben des Beamten für die Rechtmässigkeit entscheiden lassen will, könnte man auch das Verhältnis von § 110 und § 113 heranziehen. Schon gelegentlich der Geschichte von § 113 wurde auf den grossen Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen hingewiesen. Im § 110 handelt es sich um einen in aller Öffentlichkeit sich abspielenden Vorgang; auch ist hier der Täter an den Konsequenzen der betr. Gesetze und Anordnungen vielleicht nicht im geringsten interessiert, ja, letztere brauchen noch garnicht zur Anwendung gelangt sein. Und doch verlangt das Gesetz hier Anordnungen, die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffen sind — mag man im übrigen „Zuständigkeit" auffassen, wie man will —; ist also die Obrigkeit nicht zuständig für die betr. Anordnungen, so ist die öffentliche Aufforderung zum Ungehorsam seitens eines ganz Uninteressierten straflos. Und im § 113? Da handelt es sich um Vollstreckung, unter Umständen also um die schwersten

nen; Berner, Lehrb. (Aufl. 8) S. 371, verlangt zwar für den Rechtmässigkeitscharakter der Amtshandlung etwas Objektives, nämlich Vorliegen der „äusseren Rechtmässigkeit", d. h. „ausser sachlicher und örtlicher Zuständigkeit überhaupt der äusseren Voraussetzungen der Amtshandlung, wie schriftliche Ausfertigung bei einem Haftbefehl, Tageszeit bei Haussuchungen, Identität der zu verhaftenden Person", dagegen will er die innere Rechtmässigkeit, d. h. „die gerechte Begründung der Amtshandlung" ganz aus dem Bereich des § 113 verbannt wissen, bezüglich ihrer verlangt er weder pflichtmässiges Ermessen noch überhaupt guten Glauben des Beamten.

[1]) v. Jagemann, Arch. d. Krim. (1842) S. 610; Dollmann-Risch, Kommentar zum bayr. St.G.B. von 1861 II S. 196. Auch bei Goltdammer, Materialien, Teil II, S. 122 ff. findet sich (mit Rücksicht auf den Preuss. § 89) diese Auffassung vertreten (siehe oben S. 44 Anm. 1); gegen sie besonders v. Kirchenheim, G.S. XXX S. 195.

Eingriffe in die Lebensstellung des Einzelnen, um einen Vorgang ferner, der sich häufig nur zwischen dem Beamten und dem einzelnen Bürger in stillster Abgeschlossenheit, im Wohnhaus, im Kontor u. s. w. abspielt; und hier sollte das Gesetz nichts Objektives, keine objektive Zuständigkeit, keine objektive Rechtmässigkeit verlangen, sondern das blosse subjektive Überzeugtsein des Beamten von der Rechtmässigkeit oder gar nur sein Dafürhalten, sein ungewisses Meinen, dessen Nichtvorhandensein fast nie zu beweisen wäre? Man sage da nicht, im § 113 steht aber ein gewaltsames tätliches Vorgehen des Täters in Frage. Denn was ist schlimmer: ob ich durch öffentliche Agitationsreden u. s. w. die Achtung und Gehorsamswilligkeit gegenüber staatlichen Anordnungen zu untergraben suche oder ob ich einer einzelnen Vollstreckungsmassregel einen gewaltsamen Widerstand entgegensetze, der, wenn die Massregel absolut durchgeführt werden soll, auf die Dauer doch, z. B. infolge grösseren Beamtenaufgebots, nutzlos sein würde. — Vor einer vernünftigen systematischen Gesetzesauslegung also, vor einer vernünftigen Betrachtung des § 113 in seinem Verhältnis zum § 110 wird die rein subjektiv gerichtete Auffassung der „Rechtmässigkeit" nicht standhalten. Sie würde ja dem Staate die Rolle eines Betrügers zuweisen, und noch dazu eines feigen Betrügers, der zwar in der Öffentlichkeit, der Masse gegenüber, die Achtung vor seinem gesetzwidrigen Tun nicht zu erzwingen wagt, in der Abgeschlossenheit aber, wo er dem Einzelnen gegenübersteht, wo er der Stärkere ist, dank der ihm im Interesse der Gesamtheit übertragenen Macht, seinen gesetzwidrigen Befehlen strikten Gehorsam vindiziert.

Wenn wir nun auf die bisher genannten Ansichten nur kurz einzugehen brauchten, weil sie mit dem Gesetzestext in offenbarem Widerspruch stehen und auch in der Literatur zum § 113 wohl allgemein fallen gelassen sind,[1]) so müssen wir uns nun mit einer Theorie auseinandersetzen, die uns schon mitten in das eigentliche Problem der Rechtmässigkeit der Amtsausübung hineinführt.

„Die rechtmässige Ausübung des Amts das ist die pflichtmässige Ausübung." Diese Formel hat zum erstenmal Bolze,[2]) bald nachdem die ersten Interpretationsversuche zur Rechtmässigkeit des § 113

[1]) Vergl. z. B. Binding, Handbuch S. 742.

[2]) Goltd. Arch. (1875) Bd. 23 S. 391 ff.

erschienen waren, in den wogenden Streit der Meinungen geworfen, und von vielen ist ihm diese Formel mit mehr oder minder eingehender Begründung nachgesprochen worden.[1])

Was verstehen denn die Anhänger dieser Theorie unter pflichtmässiger, unter amtspflichtmässiger Ausübung des Amtes? Verstehen sie darunter eine Amtsausübung, die denjenigen Gesetzesbestimmungen entspricht, welche Art, Umfang und Inhalt der Tätigkeit des Beamten regeln, — so haben wir ja endlich einmal einen ganz objektiven Inhalt für unsere „Rechtmässigkeit". Aber das ist es gerade, was diese Autoren aufs entschiedenste ablehnen.[2]) Auch sie wollen etwas Subjektives, das pflichtmässige Ermessen des Beamten entscheiden lassen. Schon dann liegt nach ihrer Ansicht Rechtmässigkeit der Amtsausübung vor, wenn der Beamte, so gut wie er eben konnte, die Voraussetzungen seines Einschreitens geprüft hat und auf Grund dieser Prüfung zu der Überzeugung gelangt ist, er dürfe und müsse handeln. — Es ist nicht nur das Erfordernis des guten Glaubens, was hier verlangt wird. Bolze[3]) lehrt ausdrücklich: „Gewiss darf man die Rechtmässigkeit der Ausübung des Amtes nicht durchweg mit dem guten Glauben oder mit dem pflichtmässigen Glauben in dem Sinne, wie ihn Oppenhoff No. 17 zu § 113 definiert,[4]) identifizieren. Der Beamte hat Pflichten zu erfüllen und rücksichtlich derjenigen Diligenz, welche er anzuwenden hat, ist er nicht privilegiert. Er kann sich also da, wo ihm sein Amt die Pflicht auferlegt, in bestimmter Weise zu handeln, nicht mit der Erklärung ent-

---

[1]) Vergl. z. B. die in R.G.E. 26, 249 aufgehobene Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf, ferner v. Kallina, Notwehr S. 55 ff. Meves in v. Holtzendorffs Handb. IV S. 308, Hälschner, Strafrecht II 2 S. 809, v. Liszt, Lehrb. § 171, S. 555, Lucas, Strafr. Praxis Teil II S. 255, auch Pfeiffer, Beitr. S. 40 und Freund, Arch. f. öff. R. I S. 113.

[2]) Vergl. dazu die Kritik von Bolzes Ansicht bei v. Kirchenheim, G.S. XXX S. 190 f.

[3]) Ebenso Hälschner a. a. O. S. 809 und v. Liszt a. a. O. S. 555, auch Lucas a. a. O. S. 255.

[4]) Oppenhoff, St.G.B. (3. Aufl. 1873) Anm. 14 (?) zu § 113. Oppenhoff spricht hier von den Fällen, in denen die Vollstreckung kraft gesetzlichen Willens in das Ermessen des Beamten gestellt ist (s. dazu unten S. 86 bis 88). In diesen Fällen, so lehrt er, „kann ein geleisteter Widerstand nur dann für straflos (aus § 113) erachtet werden, wenn der Beamte entweder sich bei Vornahme der Handlung bewusst war, dass es an einer genügenden Veranlassung dazu fehle, wenn er also fälschlich eine solche vorschützt — oder wenn er bei derselben über die Grenzen seiner allgemeinen Befugnisse hinausging."

schuldigen, er habe seine Pflicht erfüllen wollen, wenn er anders handelt. Hat er aber sein Amt mit aller Sorgfalt ausgeübt, so wie ein sorgfältiger und redlicher Beamter unter den ihm vorliegenden Verhältnissen sein Amt auszuüben hatte, so hat er sein Amt rechtmässig ausgeübt."[1])

In den letzten Worten weist uns Bolze zugleich den Brennpunkt seiner Ansicht, der seine Strahlen klärend auf die vielgestaltigen Einzelheiten der praktischen Fälle werfen soll.

Wir werden Binding (Lehrb. II, 2 S. 766) Recht geben, dass diese Theorie etwas Sympathisches an sich hat. Denn man sieht leicht, dass sie längst nicht so subjektiv verfährt, wie die zuvor von uns zurückgewiesenen Auslegungen. Im Gegenteil. Liegen alle Tatumstände offen und erkennbar zu Tage, so wird sich allerdings ganz bestimmt und objektiv entscheiden lassen, ob der Beamte unter diesen Umständen als guter Beamter in bestimmter Weise handeln muss. — Deshalb ist auch der oben geführte Nachweis von dem objektiven Charakter der Wendung „Rechtmässige Ausübung seines Amtes" zur Widerlegung dieser Ansicht nicht als ausreichend anzusehen.[2]) —

Vor allem aber erscheint diese Ansicht so harmonisch abgestimmt: Man macht dem Beamten ein bestimmtes Handeln zur Pflicht; sieht er nach sorgfältiger Prüfung die Voraussetzungen für sein Vorgehen als gegeben an, so soll er, so muss er als guter Beamter handeln. Handelt er nicht, so macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig, die unter Umständen zum mindesten schwere Disziplinarstrafen für den Beamten im Gefolge haben kann. Und da sollte nun das Gesetz fortfahren: Zwar verpflichte ich den Beamten zum Handeln, auch wenn er sich über das

[1]) In ähnlicher Weise definieren auch die übrigen Anhänger dieser Theorie. So betont z. B. v. Kallina (Notwehr S. 56), dass die Pflichtmässigkeit des Ermessens festzustellen sei „unter genauer Berücksichtigung der obwaltenden Umstände und Einzelheiten des in Frage kommenden speziellen Einschreitens, sowie der subjektiven Beschaffenheit des obrigkeitlichen Organs einerseits, der für dasselbe geltenden Vorschriften andererseits." Er will aber keinesfalls die „Schablone des Normalbeamten", wie v. Streit, Widerstand S. 102, sie vorgeschlagen hat, zu Grunde gelegt wissen: „Nur auf das pflichtmässige Ermessen des gerade in dem jeweilig in Frage kommenden Angriffe einschreitenden Beamten kommt es an." (a. a. O. S. 49.)

[2]) v. Kirchenheim (G.S. XXX S. 193) stellt allerdings die Rechtmässigkeit auch sprachlich im Gegensatz zur Dienstpflichtigkeit und meint: „Während in den Ausdrücken „Dienst" und „Dienstpflichtig" die Subjektivität angedeutet ist, liegt schon in „Amt" und „rechtmässig" das Objektive."

Vorliegen von Bedingungen seines Handelns geirrt hat und deshalb, objektiv betrachtet, sein Einschreiten nicht auf das Gesetz gründen konnte, aber trotzdem gewähre ich ihm den besonderen Schutz meiner Strafbestimmungen nicht, hier verleugne ich ihn als Vollstrecker meines Willens, der Widerstand gegen ihn ist straflos? Nein, das Gesetz hat im § 113 die Konsequenz seiner ersten Bestimmung gezogen, handelt der Beamte pflichtgemäss, so handelt er auch rechtmässig. —

Aber die Harmonie dieser Ansicht ist nur Schein, nur einseitig! Gewiss, hätten wir es mit einem Beamtendelikt zu tun, stände die Frage zur Prüfung, ob der Beamte tadelnswert, strafbar gehandelt hat, so wäre die Auslegung von „rechtmässig“ in „(amts-)pflichtmässig“ unanfechtbar. Denn wie schon oben S. 46 betont wurde, ist uns diese Bedeutung des Begriffs im Leben durchaus geläufig. Wenn ein Beamter von sich sagt „ich habe in jener Situation rechtmässig gehandelt“, so will er damit in der Regel dem befriedigenden Bewusstsein Ausdruck geben, sein Handeln habe genau seiner Amtspflicht, der Pflicht eines gewissenhaften Beamten, entsprochen.

Aber ebenso häufig gebrauchen wir den Ausdruck „rechtmässig“ in derselben Wortverbindung und doch in ganz anderer Bedeutung. — Wenn jemand in Notwehr einen Banditen getötet hat, so wird er bei seiner Verteidigung stets betonen, „ich habe rechtmässig gehandelt“, und dabei, falls er nicht als Kenner des Gesetzes sich darauf berufen will, dass die Notwehrbestimmung ihm Straflosigkeit sichert, stets daran denken: Mein Handeln entsprach durchaus dem Rechtsgefühl, dem menschlichen Trieb zur Selbsterhaltung, der mir sagte, du darfst und musst in diesem Falle dem Wegelagerer zuvorkommen, brauchst sein Leben nicht zu schonen, um im nächsten Augenblick von ihm erschossen und beraubt zu werden. — Und wieder bei anderer Gelegenheit sagt ein Bankier, der an der Börse einem Anderen den sogen. Differenzeinwand entgegengesetzt hat und von Bekannten auf das Unehrenhafte seines Verhaltens hingewiesen wird, abweisend: Ich habe rechtmässig gehandelt, das positive Recht verbietet mein Handeln nicht.

Wir sehen also, der Begriff r e c h t mässig ist kein festumgrenzter, ist ein wandelbarer Begriff; seinen Inhalt empfängt er erst durch den Zusammenhang, in welchem er verwendet wird.

Damit kommen wir der Lösung des Problems der Rechtmässigkeit bedeutend näher. Denn die Frage lautet jetzt: Von welchem Standpunkt aus haben wir den § 113 und damit die Rechtmässigkeit der Amts-

ausübung zu beurteilen? Nun wird es auch klar, warum B o l z e und seine Anhänger [1]) so grosses Gewicht auf den Nachweis legen, dass die Berücksichtigung des Beamten, der Schutz seiner Persönlichkeit und Tätigkeit das einzige dem § 113 zu Grunde liegende Prinzip ist, dass — dieser Paragraph also nicht bloss das ist, als was er sich auf den ersten Blick darstellt, nämlich, ein Fall des Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Nein, „im § 113 wird [2]) dem Untertan nicht die Staatsgewalt gegenübergestellt, sondern ein Beamter, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist. Und es ist nicht die Rede von einer rechtmässigen Ausübung der Staatsgewalt, auch nicht davon, dass Verfügungen oder Urteile der Gerichte rechtmässig erlassen, Befehle und Anordnungen der Verwaltungsbehörden rechtmässig getroffen oder Gesetze rechtmässig zustande gekommen sind, sondern davon, dass jener Beamte s e i n Amt rechtmässig ausübt".

Mit der letzten Behauptung hat B o l z e Recht, darum aber noch nicht mit der ersten. Gewiss, nur die Amtsausübung ist Gegenstand der Untersuchung im § 113. Um das zu erkennen, braucht man garnicht das doch wohl ganz farblos dastehende „s e i n e s (Amtes)" so sehr zu betonen, wie B o l z e es tut.[3]) Der Wortlaut des Paragraphen zwingt einfach zu dieser Auffassung. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass im § 113 von der rechtmässigen Ausübung der Staatsgewalt u. s. w. überhaupt nicht die Rede sei. Wenn B o l z e dies behauptet, so macht er sich geradezu einer petitio principii schuldig. Denn wir wiesen schon oben nach, dass „in der Ausübung seines Amtes" nur heissen kann „in der Vollstreckung von Gesetzen u. s. w." Kann man nun von Gesetzesvollstreckung und gar von rechtmässiger Gesetzesvollstreckung reden, wenn zu vollstreckende r e c h t s g ü l t i g e Gesetze garnicht vorhanden sind? Ist also nicht zur rechtmässigen Vollstreckung erforderlich, dass die vorhergehende Betätigung der Staatsgewalt auch rechtmässig ist?

Das sind gerade die Fragen, auf welche wir eine Antwort suchen und deren Beantwortung in bejahendem oder verneinendem Sinne ganz abhängig von dem engeren oder weiteren Umfang und Inhalt ist, den wir dem Begriff „rechtmässig" geben. Haben wir sie zu bejahen, so ist

---

[1]) Z. B. v. K a l l i n a , Notwehr S. 52/53.

[2]) B o l z e a. a. O. S. 391.

[3]) Auch v. S t r e i t , Widersetzung S. 93, hält diese einseitige Betonung von „seines (Amtes)" für verkehrt. Ebenso v. K i r c h e n h e i m , G. S. XXX S. 193.

im § 113 allerdings von „rechtmässiger Ausübung der Staatsgewalt“ die Rede. Verneinen wir sie aber, so spricht der Paragraph deshalb doch nicht lediglich von dem Beamten. Denn wenn der Beamte dann auch nicht den Willen der Staatsgewalt vollstreckt, so muss doch immerhin seine Tätigkeit eine solche sein, die von der Staatsgewalt als „Vollstreckung von Gesetzen u. s. w.“ gewertet wird, (denn dass als rechtmässig nicht eine Amtsausübung bezeichnet werden kann, die der Beamte nur dafür ausgibt oder ohne ernsten Grund dafür hält, ist oben nachgewiesen).

Das leugnen auch Bolze und seine Anhänger nicht. Wer sieht nun aber nicht, dass gerade dies Moment das dem § 113 Wesentliche ist. Nicht von dem beliebigen Handeln irgend eines Vollstreckungsbeamten ist die Rede. Was er tut und treibt, ist im allgemeinen dem Staate völlig gleichgültig — bis zu dem Augenblick, wo der Beamte als Vollstrecker staatlichen Willens von der Staatsgewalt betrachtet wird und daher auch nach ihrem Willen von den Untertanen geachtet werden soll. In diesem Augenblicke tritt er in den Bereich des § 113 ein; wird ihm nun Widerstand geleistet, so handelt der Täter dem Willen der Staatsgewalt entgegen, begeht „Widerstand gegen die Staatsgewalt“. Dabei brauchen wir nicht lange nach einem alle Fälle des Widerstandes gegen die Staatsgewalt umfassenden Begriff der Staatsgewalt suchen, wie es manche Autoren getan haben.[1]) Es genügt hier, festzustellen, dass die Staatsgewalt etwas wirklich will. Ob sie damit recht handelt, ob das, was vollstreckt werden soll, wirklich ihr legal zustande gekommener Willensausdruck ist, ist belanglos; sie bleibt deshalb doch Staatsgewalt.

Als Resultat unserer Einwendungen gegen Bolze finden wir also dies, dass zwar nicht ohne weiteres behauptet werden kann, es sei im § 113 auch die rechtmässige Ausübung der Staatsgewalt berücksichtigt, dass aber andererseits hier nicht einfach ein „Beamter“ dem Untertan gegenüber gestellt ist, sondern nur der Beamte als das Organ der Staatsgewalt, als solches von ihr anerkannt und geachtet.

Wie Bolze aber demnach mit seiner Behauptuug, nur von dem Beamten sei im § 113 die Rede, unrecht hat, so ist naturgemäss auch der von ihm daraus gezogene Schluss verfehlt, dass „was rechtmässige Amtsausübung sei, hiernach nicht von dem Verhältnisse der einheitlichen Staatsgewalt aus zu den Untertanen, sondern allein von dem Stand-

[1]) Vergl. z. B. v. Kirchenheims Definition, G.S. XXX S. 185: „Staatsgewalt ist die Gesamtheit der Tatkraft aller Organe als Einheit gedacht.“

punkte des Amtes und seiner Obliegenheiten aus beurteilt werden könne." (a. a. O. S. 391.)

Gegen diesen Schluss lässt sich aber noch etwas viel Gewichtigeres einwenden, und dies führt zugleich zu der richtigen Auslegung der Rechtmässigkeit.

Bolze berücksichtigt bei seiner Erörterung ausschliesslich den Beamten, die Möglichkeit seines Erkennens, die Pflichttreue seines Tuns. Aber verdient denn nicht der sich widersetzende Staatsbürger ebenfalls Beachtung. Auch er ist im § 113 genannt, ja er ist sogar der Hauptinteressierte. An ihn wendet sich das Gesetz im § 113 mit dem Gebote: „Wenn mein Beamter sich in der rechtmässigen Amtsausübung befindet, so sollst du ihm Folge leisten." Ihm gilt die Strafandrohung für den Fall der Übertretung dieses Gebots. Er hat aber auch vom Gesetzgeber die Zusage erhalten: „Wenn jene bestimmten Voraussetzungen vorliegen, nur, wenn sie vorliegen, soll die Vollstreckung geschehen." Wird er nun zugeben können, dass der Beamte, wenn er auch, soweit in seinen Kräften stand, dem Gesetz entsprechend vorgehen wollte und vorgegangen ist, deshalb schon rechtmässig gehandelt hat? Der Untertan kann sich nur an das ihm gegebene Gesetz halten, nur dieses kann er als Richtschnur seines Tuns gelten lassen.

Wir sehen also den Standpunkt des Beamten: Rechtmässigkeit ist Amtspflichtmässigkeit. Wenn ich nach pflichtmässigem Ermessen handeln zu müssen glaube, so muss ich auch handeln, sonst werde ich bestraft.

Wir erkennen den Standpunkt des Untertanen: Rechtmässigkeit ist Gesetzmässigkeit. Wenn der Beamte nicht wirklich dem Gesetz entsprechend, wenn auch auf Grund pflichtmässiger Prüfung handelt, so brauche ich sein Einschreiten nicht zu dulden, so kann ich ihm ungestraft Widerstand leisten.

Was ist nun der Standpunkt der Staatsgewalt, die hinter dem Beamten stehend, in seiner Person dem Untertanen gegenübertritt? Das ist die grosse Frage, die im § 113 zur Beantwortung steht. Nun ist es klar: Nicht der Standpunkt des Beamten, nicht auch der davon so grundverschiedene Standpunkt des Staatsbürgers kann für die Bedeutung der Rechtmässigkeit im § 113 massgebend sein. Nein, die Staatsgewalt, welche dem Beamten die Norm seines Handelns gegeben hat, welche andererseits dem Untertanen einen gesetzlichen Massstab für die ihm gegenüber vorzunehmenden Massregeln gewährt hat, sie muss auch

wirklichem Vorliegen der normierten Voraussetzungen die betr. Vollstreckungsmassregel gegen ihn ergriffen werden soll. Es ist einfach undenkbar, dass hier, im entscheidenden Augenblicke, dem Untertanen die Berufung auf das Gesetz versagt sein sollte. Es liegt nicht der mindeste Grund vor, dass der Gesetzgeber auch hier von seiner Rechtsüberzeugung abgewichen sein sollte und schon dann die Amtsausübung als r e c h t mässig habe bezeichnen wollen, wenn sie nur dem unvollkommeneren Standpunkte pflichtmässigen Ermessens entsprochen habe, jenem Standpunkte, den der Gesetzgeber nur aus besonderem Grunde, durch die Macht der Verhältnisse gezwungen, für ein beschränktes Gebiet anerkannt hat.

Man hat nun wohl auf den Zweck des § 113 hingewiesen, der darin bestände, den Beamten zu schützen.[1]) Gewiss, das Gesetz will im § 113 den Beamten schützen, aber nur den Beamten als Organ der Staatsgewalt, als Repräsentanten der Autorität des Staates, des Gesetzes.[2]) Und ausserdem geht zu deutlich aus den Worten des Gesetzes selbst die Absicht hervor, auch den Untertan, seine Interessen und seine Rechte zu berücksichtigen. Anders wäre es unverständlich, dass der Entwurf es für nötig befand (in zweiter Lesung), zu verlangen, jedenfalls solle Z u s t ä n d i g k e i t des Beamten w i r k l i c h vorhanden sein. Der Schutz des Beamten wäre viel wirkungsvoller erreicht worden, worauf auch in den zu Beginn der Erörterung geschilderten Reichstagsverhandlungen hingewiesen wurde, wenn das Gesetz für jede Amtshandlung Gehorsam verlangt, andererseits aber durch strenge Strafandrohungen gegen den Beamten ein pflichtmässiges Vorgehen desselben gesichert hätte.

Wenn nun in dritter Lesung aus dem genannten Erfordernis das Merkmal der Rechtmässigkeit geworden ist, so ist dies ebenfalls, wie der Zusatz der zweiten Lesung, nur aufzufassen, als das Ergebnis einer Ab-

---

[1]) Vergl. v. K i r c h e n h e i m , G.S. XXX S. 189.

[2]) Dies gibt selbst H ä l s c h n e r (Strafrecht II 2 S. 807) zu, der doch im übrigen ganz auf B o l z e s Seite steht. — P f e i f f e r, Beiträge S. 1/2, bezeichnet als Zweck der Bestrafung — ohne damit das Wesentliche zu treffen — „nicht sowohl Privilegierung des Vollzugsbeamten als Schutz der staatlichen Einrichtungen im besonders gefährdeten Augenblick. Denn der eigentlichen Vollstreckung gehen häufig Dienstanweisungen, Verfügungen, Entscheidungen vorher, welche sämtlich nur Gedanken enthalten, die erst im Vollstreckungsstadium ihre Wirkung entfalten, durch die Widersetzlichkeit des Einzelnen aber in ihrer Wirkung erheblich abgeschwächt oder ganz illusorisch gemacht werden können".

wägung der Interessen, zunächst von Beamten und Untertanen. Schon hier konnte der Gesetzgeber von dem Untertanen nicht verlangen, dass er das als „rechtentsprechend“ anerkenne, was der Gesetzgeber, wie wir gesehen haben, selbst nicht als Recht betrachtete. Der Untertan konnte verlangen, wie Lasker es in den Reichstagsverhandlungen in seiner Rede vom 21. März 1870 (Stenogr. Ber. 1870 S. 428) ausgedrückt hat, dass die gesetzlichen Garantien nicht umsonst gegeben seien.

Und nun treten sogar die Interessen des Beamten mehr in den Hintergrund. Nicht ohne Absicht hat der Gesetzgeber den § 113 unter den „Widerstand gegen die Staatsgewalt“ eingereiht. Er wollte damit betonen, was wir schon oben aus den Worten des Gesetzes selbst nachweisen konnten, dass es nicht so sehr der Beamte als vielmehr die verletzte Autorität der Staatsgewalt ist, welche diesem Konflikt mit dem Staatsbürger das charakteristische Gepräge leiht. Die Staatsgewalt aber kann unmöglich beim Zusammentreffen mit dem Untertanen das als Recht verleugnen, was sie ihm selbst im Gesetze als Recht hingestellt hat. Denn wenn sie auch den infolge der Beschränktheit menschlichen Erkennens bei der Vollstreckung unterlaufenden schuldlosen Irrtum des Beamten ungestraft lassen muss, so wünscht sie doch die irrtümlich vorgenommene Vollstreckungsmassregel nicht, sie kann sie nur nicht verhindern. Wie sie also den Beamten nicht straft für das im schuldlosen Irrtum unter Verletzung des Gesetzes dem Untertanen zugefügte Unrecht, so kann sie erst recht nicht den Untertan dafür strafen, dass er sich gegen dieses Unrecht unter Berufung auf das Gesetz wehrt und diese Vollstreckungsmassregel zu verhindern sucht.

Dass diese Rechtsanschauung der gesetzgebenden Staatsgewalt, auch das irrtümlich zugefügte Unrecht bleibe Unrecht, nicht ein Phantom übertreibender staatsrechtlicher Theorie darstellt, sondern unserer heutigen Gesetzgebung wirklich zu Grunde liegt, dafür liefern uns auch die Anhänger der hier zurückgewiesenen Auslegung von „rechtmässig“ einen dankenswerten Beweis.

Bolze setzt, nachdem er seine Auslegung von „rechtmässig“ in „amtspflichtmässig“ im allgemeinen entwickelt und begründet hat, an den Schluss seiner Erörterung gleichsam als Trostspruch für den durch seine Ausführungen im Rechtsgefühl tief verletzten Staatsbürger die Worte: „Hiernach kann auch auf dem Gebiete des § 113 eine Kollision

zwischen dem Recht des Staatsangehörigen und der Pflicht des Vollstreckungsbeamten eintreten. Der Letztere kann in der rechtmässigen Ausübung seines Amts begriffen sein, und diese Ausübung kann für den Staatsangehörigen ein objektiv rechtswidriger Angriff auf ein wichtiges und unersetzliches Gut sein.

Inwieweit in diesem Falle die gewaltsame Abwehr gestattet ist, hat die Theorie der Notwehr zu entscheiden."

Also dulden, ruhig hinnehmen soll auch nach Bolzes Ansicht der Untertan die irrtümlich vorgenommene Vollstreckungsmassregel nicht, denn sie ist ein „objektiv rechtswidriger Angriff". Den Schutz also, den man für den Beamten im § 113 so eifrig in Anspruch nimmt, entzieht man ihm, nach Bolzes unrichtiger Auffassung von der Notwehr allerdings nur zum Teil, wieder durch den § 53. Warum dann nicht die demnach unverkennbare Rechtsanschauung der Staatsgewalt gleich im § 113 zugeben, sondern erst auf einem falschen Umwege (denn gegen die rechtmässige Amtsausübung des § 113, wie man ihn auch auslegt, kann es keine Notwehr geben, s. o. S. 40), je nach der Auffassung von den Voraussetzungen der Notwehr zu demselben bezw. mehr oder minder annähernd gleichen Resultate gelangen?!

Wir sind also zu dem Endergebnis gekommen: Rechtmässigkeit ist Gesetzmässigkeit.

Dabei ist nun aber nicht nur an die sachlichen Voraussetzungen der Amtshandlung zu denken. Wir haben diese nur im Vorstehenden in erster Linie berücksichtigen zu müssen geglaubt, weil gerade über ihr Vorliegen die Anschauungen der einzelnen Autoren so weit auseinandergehen. Man erkennt jedoch leicht, dass unmöglich rechtmässige Ausübung des Amtes angenommen werden kann, wenn dieser Beamte eine solche Art von Handlungen vorzunehmen garnicht befugt war oder wenn die vorgeschriebenen Formen des Vollzugs der Handlung nicht gewahrt sind u. s. w. Auch in den Zuständigkeitsbestimmungen, auch in den Formvorschriften hat der Gesetzgeber seine (von Zweckmässigkeitserwägungen, von der Rücksicht auf die Sicherheit der Untertanen u. s. w. geleitete) Rechtsüberzeugung aussprechen, auch mit ihnen hat er Garantien schaffen wollen, deren Beobachtung unumgänglich ist — soll überhaupt von einer Betätigung des Amtes die Rede sein. Liegt aber eine solche nicht vor, so kann die Handlung, mag sie auch inhaltlich, den sachlichen Voraussetzungen nach, gesetzentsprechend

sein, doch nicht vor dem Gesetz als rechtmässige Ausübung des Amtes des Beamten gelten: Es bilden die genannten Erfordernisse gleichsam den vom Gesetz gewünschten Rahmen für einen gesetzentsprechenden Inhalt.[1])

Um rechtmässig zu sein, muss also die Handlung all den Gesetzen entsprechen, auf die der Beamte zur Begründung der Legalität seines Verhaltens Bezug zu nehmen hat, die sein Vorgehen veranlassen und sein Handeln im einzelnen regeln. Wir können, um unsere Ansicht in eine kurze Formel zu kleiden, sagen: Rechtmässig ist die Amtsausübung, die allseitig dem Gesetz der Vollstreckung entspricht.

Die Formel gilt selbstverständlich nicht nur für die im § 113 genannte „Vollstreckung von Gesetzen". Wir sind allerdings der Ansicht, dass die Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder die von Urteilen und Verfügungen der Gerichte der Vollstreckung von Gesetzen nicht subordiniert, erläuternd zur Seite gestellt sind,[2]) sondern dass das Gesetz damit drei gleichstehende Gruppen bezeichnen wollte und bezeichnet hat, die selbständig und gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Wie das Urteil lautet: Beklagter hat zu zahlen, eventuell im Wege der Zwangsvollstreckung, wie die Anordnung der Verwaltungsbehörde etwa sagt: Der Bürger hat innerhalb einer Woche seine Steuern zu zahlen, widrigenfalls sie zwangsweise beigetrieben werden, so ist auch das Gesetz der Ausgangspunkt, das Objekt für eine bestimmte Vollstreckung. Aber allen drei Vollstreckungsgattungen ist gemeinsam, dass bei ihnen die Vollstreckung vom Gesetz in den sachlichen und formellen Voraussetzungen ihres Beginns angeordnet, vom Gesetz durch Aufstellung von wesentlichen Formvorschriften u. s. w. geregelt wird, und dies Gesetz ist es eben, dem die Handlung entsprechen muss, um rechtmässig zu sein.

---

[1]) Dies wird sogar von einzelnen Anhängern der „Amtspflichtmässigkeit" anerkannt, und so verlangen auch sie in diesen Punkten wenigstens objektives Vorliegen der Zuständigkeit, der Förmlichkeiten etc. Vergl. v. Kallina, Notwehr S. 58.

[2]) Wie v. Streit, Widersetzung S. 64/65, meint; nach ihm ist der „Ausdruck »Vollstreckung von Gesetzen« ein allgemeiner und die darauf folgenden Fälle mitumfassender, und hat die Hinzufügung der Worte: »von Anordnungen u. s. w.« nur den Zweck, jeden Zweifel über die Ausdehnung des § 113 durch Exemplifikation zu heben." Gegen v. Streit wendet sich auch Eberhard (Diss. Tübingen 1897) S. 24.

zwischen dem Recht des Staatsangehörigen und der Pflicht des Vollstreckungsbeamten eintreten. Der Letztere kann in der rechtmässigen Ausübung seines Amts begriffen sein, und diese Ausübung kann für den Staatsangehörigen ein objektiv rechtswidriger Angriff auf ein wichtiges und unersetzliches Gut sein.

Inwieweit in diesem Falle die gewaltsame Abwehr gestattet ist, hat die Theorie der Notwehr zu entscheiden."

Also dulden, ruhig hinnehmen soll auch nach Bolzes Ansicht der Untertan die irrtümlich vorgenommene Vollstreckungsmassregel nicht, denn sie ist ein „objektiv rechtswidriger Angriff". Den Schutz also, den man für den Beamten im § 113 so eifrig in Anspruch nimmt, entzieht man ihm, nach Bolzes unrichtiger Auffassung von der Notwehr allerdings nur zum Teil, wieder durch den § 53. Warum dann nicht die demnach unverkennbare Rechtsanschauung der Staatsgewalt gleich im § 113 zugeben, sondern erst auf einem falschen Umwege (denn gegen die rechtmässige Amtsausübung des § 113, wie man ihn auch auslegt, kann es keine Notwehr geben, s. o. S. 40), je nach der Auffassung von den Voraussetzungen der Notwehr zu demselben bezw. mehr oder minder annähernd gleichen Resultate gelangen?!

Wir sind also zu dem Endergebnis gekommen: Rechtmässigkeit ist Gesetzmässigkeit.

Dabei ist nun aber nicht nur an die sachlichen Voraussetzungen der Amtshandlung zu denken. Wir haben diese nur im Vorstehenden in erster Linie berücksichtigen zu müssen geglaubt, weil gerade über ihr Vorliegen die Anschauungen der einzelnen Autoren so weit auseinandergehen. Man erkennt jedoch leicht, dass unmöglich rechtmässige Ausübung des Amtes angenommen werden kann, wenn dieser Beamte eine solche Art von Handlungen vorzunehmen garnicht befugt war oder wenn die vorgeschriebenen Formen des Vollzugs der Handlung nicht gewahrt sind u. s. w. Auch in den Zuständigkeitsbestimmungen, auch in den Formvorschriften hat der Gesetzgeber seine (von Zweckmässigkeitserwägungen, von der Rücksicht auf die Sicherheit der Untertanen u. s. w. geleitete) Rechtsüberzeugung aussprechen, auch mit ihnen hat er Garantien schaffen wollen, deren Beobachtung unumgänglich ist — soll überhaupt von einer Betätigung des Amtes die Rede sein. Liegt aber eine solche nicht vor, so kann die Handlung, mag sie auch inhaltlich, den sachlichen Voraussetzungen nach, gesetzentsprechend

sein, doch nicht vor dem Gesetz als rechtmässige Ausübung des Amtes des Beamten gelten: Es bilden die genannten Erfordernisse gleichsam den vom Gesetz gewünschten Rahmen für einen gesetzentsprechenden Inhalt.[1])

Um rechtmässig zu sein, muss also die Handlung all den Gesetzen entsprechen, auf die der Beamte zur Begründung der Legalität seines Verhaltens Bezug zu nehmen hat, die sein Vorgehen veranlassen und sein Handeln im einzelnen regeln. Wir können, um unsere Ansicht in eine kurze Formel zu kleiden, sagen: Rechtmässig ist die Amtsausübung, die allseitig dem Gesetz der Vollstreckung entspricht.

Die Formel gilt selbstverständlich nicht nur für die im § 113 genannte „Vollstreckung von Gesetzen". Wir sind allerdings der Ansicht, dass die Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder die von Urteilen und Verfügungen der Gerichte der Vollstreckung von Gesetzen nicht subordiniert, erläuternd zur Seite gestellt sind,[2]) sondern dass das Gesetz damit drei gleichstehende Gruppen bezeichnen wollte und bezeichnet hat, die selbständig und gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Wie das Urteil lautet: Beklagter hat zu zahlen, eventuell im Wege der Zwangsvollstreckung, wie die Anordnung der Verwaltungsbehörde etwa sagt: Der Bürger hat innerhalb einer Woche seine Steuern zu zahlen, widrigenfalls sie zwangsweise beigetrieben werden, so ist auch das Gesetz der Ausgangspunkt, das Objekt für eine bestimmte Vollstreckung. Aber allen drei Vollstreckungsgattungen ist gemeinsam, dass bei ihnen die Vollstreckung vom Gesetz in den sachlichen und formellen Voraussetzungen ihres Beginns angeordnet, vom Gesetz durch Aufstellung von wesentlichen Formvorschriften u. s. w. geregelt wird, und dies Gesetz ist es eben, dem die Handlung entsprechen muss, um rechtmässig zu sein.

---

[1]) Dies wird sogar von einzelnen Anhängern der „Amtspflichtmässigkeit" anerkannt, und so verlangen auch sie in diesen Punkten wenigstens objektives Vorliegen der Zuständigkeit, der Förmlichkeiten etc. Vergl. v. Kallina, Notwehr S. 58.

[2]) Wie v. Streit, Widersetzung S. 64/65, meint; nach ihm ist der „Ausdruck »Vollstreckung von Gesetzen« ein allgemeiner und die darauf folgenden Fälle mitumfassender, und hat die Hinzufügung der Worte: »von Anordnungen u. s. w.« nur den Zweck, jeden Zweifel über die Ausdehnung des § 113 durch Exemplifikation zu heben." Gegen v. Streit wendet sich auch Eberhard (Diss. Tübingen 1897) S. 24.

II. Die Begriffserfordernisse im einzelnen.

Die mannigfachen Gestaltungen und Erscheinungsformen, in denen uns die Amtshandlungen unserer Vollstreckungsbeamten entgegentreten, bringen es mit sich, dass in einer abstrakten, möglichst alle Arten amtlicher Tätigkeit berücksichtigenden Untersuchung der Rechtmässigkeit eine Fülle von Gesichtspunkten zur Erörterung gelangen, die nicht alle in logischer Gedankenfolge mit einander verknüpft werden können. Um so mehr ist es unsere Pflicht, nach einer umfassenden und an klare, feste Anhaltspunkte sich anlehnenden Gruppierung dieser verschiedenartigen Gesichtspunkte zu streben.

Wir werden also im folgenden zunächst die Amtstätigkeit in ihrer Beziehung zum Beamten prüfen, alsdann auf die Amtshandlung selbst, auf die Art und Weise ihres Vollzugs näher eingehen und schliesslich die sachlichen Voraussetzungen der Handlung in ihrer Beziehung zur Rechtmässigkeit untersuchen.[1] Dabei sehen wir von einer strengen Scheidung der verschiedenen im Gesetz genannten Vollstreckungskategorien (Vollstreckung von Gesetzen u. s. w.) ab, denn, wie schon oben betont wurde, sind Gesetz, Anordnung und Urteil nur der Anlass für die Vollstreckung, ohne den allerdings von rechtmässiger Ausübung des Amtes nicht die Rede sein kann; den wesentlichen Prüfstein der Rechtmässigkeit bilden die die vollstreckende Tätigkeit anordnenden und regelnden Gesetze, die aber im grossen und ganzen bei allen drei Vollstreckungskategorien gleichgeartet sind. Sie lassen nur bei den sachlichen Voraussetzungen der Amtshandlung eine Scheidung nach Objekten der Vollstreckung angebracht erscheinen, und wir werden deshalb in diesem Abschnitt zunächst die nach Massgabe von Gesetzen erfolgende und alsdann die auf Grund einer Anordnung erfolgende Vollstreckung betrachten.

Bevor wir nun auf die Wesenserfordernisse einer rechtmässigen Amtsausübung im einzelnen eingehen, müssen wir noch einen Punkt

---

[1]) Es ist dies ein Schema, dass dem Gang unserer obigen allgemeinen Erörterung am besten entspricht und auch schon deshalb den Vorzug verdient, weil es wie die Zusammenstellung bei v. Kirchenheim, G.S. XXX S. 196 zeigt, wenigstens der Mehrzahl der einschlägigen Untersuchungen im grossen und ganzen zu Grunde liegt.

kurz zur Erörterung bringen, der zwar über die Grenzen einer Untersuchung hinausgeht, trotzdem aber in der Literatur in diese Untersuchung hineingezogen ist.

Binding (Lehrb. S. 767) betont nämlich als erstes Erfordernis der Rechtmässigkeit:

„Vor allem muss der Vollstreckende wirklicher Beamter im Amte sein; sonst ist ihm ja eine Amtshandlung unmöglich oder wenigstens untersagt."

Hiergegen ist in der Sache nichts einzuwenden. Nur liegt dies nicht erst in der „Rechtmässigkeit der Amtsausübung". Das Gesetz hat vielmehr dies Moment zu einem besonderen Tatbestandsmerkmal des ganzen Delikts erhoben. Ausdrücklich verlangt es einen „Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist." Von einem solchen kann man doch nicht mehr reden, wenn der betr. Beamte seit einem Dezennium ausser Dienst und jetzt eifriger Fabrikherr oder irgend etwas anderes ist; selbstverständlich aber ist hier die Zeitdauer ohne Belang, es genügt die Tatsache der Dienstentlassung. Und in R.G.E. 22, 420 stand sogar ein Fall zur Entscheidung, in welchem jemand, der eine Vollstreckung vorgenommen und dabei Widerstand gefunden hatte, von vornherein die Eigenschaft eines Beamten im Sinne des § 359 garnicht erlangt hatte, weil dem ihn anstellenden Staatsorgan jede Befugnis zur Bestellung solcher Beamten mangelte.

Andererseits ist jedoch dem Beamten nicht deshalb der Beamtencharakter abzusprechen, weil bei seiner Anstellung die gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet sind.[1]) Ist einmal festgestellt, dass er „im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellt ist (§ 359 St.G.B.)", und dass zu seinen Amtsbefugnissen eine Vollstreckung von Gesetzen u. s. w. gehört,[2]) so ist er auch ein für den § 113 in Betracht kommender Beamter.

Immerhin können die bei der Anstellung verletzten gesetzlichen

---

[1]) Ebenso Olshausen, Anm. 13a zu § 113 und Hälschner II, 2 S. 808.

[2]) Es ist jedoch zu beachten, dass die Berufung zur Vollstreckung nicht allgemein zu erfolgen braucht, sondern schon eine Berufung für den konkreten Fall genügt. Vergl. schon Oppenhoff, Pr.St.G.B. Anm. 4 zu § 89, ferner die Kommentare zum R.St.G.B.

Bestimmungen für die Frage der rechtmässigen Amtsausübung von Bedeutung sein.[1] Sind nämlich die Bestimmungen derart, dass sie die Amtsausübung eines ohne ihre Beobachtung angestellten Beamten überhaupt verbieten, so ist der Beamte auch nicht in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes, seine Amtsausübung entspricht nicht dem Willen des Gesetzes.[2] — Wir haben diesen Fall gleich hier erwähnt, weil er eine ganz singuläre Möglichkeit enthält, dass nämlich jemand zwar Beamter im Amte, also zur Vollstreckung eines bestimmten Gesetzes u. s. w. berufen ist, trotzdem aber die ihm übertragene Amtsbefugnis nicht betätigen darf und deshalb der allgemeinen sachlichen Zuständigkeit ermangelt.

Nur die Tätigkeit eines wirklichen Vollstreckungsbeamten also kommt für unsere Untersuchung in Frage und sie muss nun, um rechtmässige Amtsausübung zu sein, dem Gesetz entsprechen in ihren

1. Beziehungen zum Beamten.

Die Handlung muss eine solche sein, dass sie gerade von diesem Beamten an diesem Orte kraft seiner Amtsbefugnisse vorgenommen werden muss.

Der Beamte muss also zunächst die allgemeine sachliche Zuständigkeit besitzen. Wenn wir oben ganz allgemein festgestellt haben, dass das Gesetz für die Strafbarkeit aus § 113 in erster Linie einen Beamten verlangt, welcher eine der im Paragraphen aufgeführten Vollstreckungsarten zu seinen Amtsbefugnissen zählt, so konkretisiert sich jetzt dieses

---

[1] Dies ist besonders Hälschner (a. a. O.) gegenüber zu betonen, der eine solche Möglichkeit ganz allgemein leugnet.

[2] Mit Recht wurde deshalb dieser Punkt vom Reichsgericht in seinem Urteil vom 3. Juni 1880 (E. 2, 82) in Erwägung gezogen. Es handelte sich hier um einen Forstgehilfen, welcher bereits mit 19 Jahren angestellt war, obgleich das bayrische Forstgesetz vom 28. März 1852 (Neue Fassung) in seinem Art. 119 verlangt, dass als Forstbedienstete nur volljährige Personen angestellt werden. Das R.G. bejaht in der Entscheidung die Rechtmässigkeit, „denn Art. 119 des Forstgesetzes setzt zwar eine Altersgrenze, verbietet aber keineswegs dem trotz deren Nichterreichung angestellten Forstbeamten selbst die Amtsausübung." — Wenn aber z. B. ein in seinem Amt verbleibender Staatsanwalt entgegen der Vorschrift des § 152 G.V.G. als Richter angestellt würde und als solcher eine Vollstreckungsmassnahme vornähme, so befände er sich trotz seiner Anstellung nicht in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes, denn § 152 bestimmt: Die Staatsanwälte dürfen richterliche Geschäfte nicht wahrnehmen.

allgemeine Erfordernis: Der Beamte muss zur Vollstreckung gerade dieses Gesetzes,[1]) gerade dieser Anordnung dieser Verwaltungsbehörde, gerade dieses Urteils berufen sein, kurz, diese Art von Vollstreckungsmassnahmen, abgesehen zunächst von ihrer sachlichen Zulässigkeit im konkreten Fall, vorzunehmen haben.[2]) Ist also der Beamte zwar als Vollstreckungsbeamter im Dienst, aber von einem bestimmten Zweige seiner Amtstätigkeit, von der Vollstreckung eines bestimmten Gesetzes, einer bestimmten Gattung von Anordnungen u. s. w. suspendiert oder etwa nur zur Vollstreckung von Urteilen eines Verwaltungsgerichts, nicht eines ordentlichen Gerichts befugt, so ist er bei einer trotzdem vorgenommenen derartigen Vollstreckung nicht in der rechtmässigen Ausübung seines Amts.[3])

Dabei ist zu bemerken, dass eine rechtmässige Vollstreckung und

---

[1]) Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, dass die Berufung ausschliesslich für dieses Gesetz erfolgen muss, dass dies Gesetz bei der Berufung auch nur genannt wird. Häufig wird vielmehr die Berufung allgemeiner Art sein. Aber für die Frage der Rechtmässigkeit ist jedenfalls nur von Interesse, dass die Berufung gerade das Gesetz mit umfasst, um dessen Vollstreckung es sich handelt.

[2]) Vergl. hierzu insbesondere die interessante Entscheidung R.G.E. 15, 227 (R. 9, 26): ein beim Amtsgericht angestellter Gerichtsassessor hatte persönlich bei der Vollstreckung eines von ihm in Ausübung der Sitzungspolizei erlassenen Haftbefehls helfen wollen, war aber dabei auf Widerstand gestossen. Das Reichsgericht erklärt das Vorgehen des Assessors für rechtmässige Amtsausübung, denn es sei nicht ausgeschlossen, dass unter besonderen Voraussetzungen auch der Richter selbst durch sein Amt zu persönlicher Mitwirkung bei Ausführung einer Festnahme oder Verhaftung oder eines ähnlichen, der Regel nach zu dem Geschäftskreise der besonders angestellten Vollstreckungsbeamten gehörenden Amtshandlung berufen sein könne; ein solcher Ausnahmefall aber habe hier vorgelegen, wo die Handlung des Gerichtsassessors darin bestand, die Vereitelung einer in Ausübung der Sitzungspolizei getroffenen richterlichen Verfügung zu verhüten. — Wesentlich anders ist schon die Sachlage in R.G.E. 31, 77: In diesem Falle hatte ein Amtsrichter einen vom Amtsgericht zwecks Vollstreckung einer Freiheitsstrafe gesuchten Verurteilten auf der Strasse getroffen und aufgefordert, ihm zum Gericht zu folgen; da derselbe jedoch Miene machte, zu entfliehen, so hatte ihn der Amtsrichter ins Genick und bei einem Arm gefasst und so vor sich sich herzuschieben gesucht. Dem hatte sich der Delinquent widersetzt. (Über die Rechtmässigkeit des amtsrichterlichen Vorgehens gibt das Reichsgericht in diesem Urteil keine Entscheidung ab.)

[3]) So stellt z. B. das Reichsgericht in E. 31, 79 den Grundsatz auf: „Ein Beamter, der eine Handlung vornimmt, zu der er zwar vermöge seines Amtes an und für sich befugt sein mag, die ihm jedoch in dem konkreten Falle von dem zuständigen Vorgesetzten verboten ist, übt sein Amt nicht rechtmässig aus, und seine Amtsausübung fällt nicht unter den § 113 St.G.B."

damit eine sachliche Zuständigkeit des Beamten nur da angenommen werden kann, wo es sich um rechtsgültig zustande gekommene Gesetze, um rechtsgültig zustande gekommene Anordnungen und Befehle der Verwaltungsbehörden, Urteile und Verfügungen der Gerichte handelt.[1])

Zunächst, wenn der Gesetzgeber ohne jeden auslegenden Zusatz von „Gesetzen", von „Urteilen und Verfügungen der Gerichte" redet, so kann er damit nur diejenigen Begriffe meinen, die durch die Verfassung (vergl. z. B. R.V. Art. 5), durch die Prozessordnungen festgelegt sind. Wenn deshalb z. B. eine Verurteilung nach Erkrankung von einem oder mehreren beisitzenden Richtern einer Strafkammer von den übrigbleibenden, etwa dem Vorsitzenden und einem Beisitzer, beraten, beschlossen, verkündet, dann aber nachträglich von allen an der Hauptverhandlung beteiligten Richtern unterschrieben wird, so ist von einem „Urteil" im gesetztechnischen Sinne nicht die Rede, folglich aber auch nicht von einer darauf folgenden (rechtmässigen) „Urteilsvollstreckung".

Hälschner (Strafrecht II 2 S. 808) leugnet, dass die Gesetze in verfassungsmässiger Form zustande gekommen sein müssen und verlangt nur, dass sie für den Beamten rechtsverbindlich seien.[2]) Dies reicht jedoch nach unserer vorstehenden Darlegung für eine rechtmässige Amtsausübung nicht aus — abgesehen von dem einen Fall, den Binding (Lehrb. S. 767) hervorhebt, dass die Verfassung die Berücksichtigung bestimmter Nichtigkeitsgründe untersagt oder die Rüge der Nichtigkeit bestimmten Stellen vorbehält, z. B. wenn in der Verfassung angeordnet ist, dass einzelne Fehler des Zustandekommens durch die verfassungsmässige Publikation gedeckt werden, oder dass einem publizierten Gesetze nur vom Landesherrn der Charakter als ordnungsgemäss zustande gekommenes und daher verbindliches Gesetz abgesprochen werden kann. In diesem Fall muss natürlich das fehlerhaft zustande

---

[1]) Auch Binding, Lehrb. Anm. 1 auf S. 767 und v. Streit, Widersetzung S. 100 heben dies nachdrücklich hervor. Vergl. dagegen den charakteristischen Standpunkt Bolzes in dieser Frage, Goltd. Archiv XXIII S. 391, 392, und v. Kallina, Notwehr S. 50/51.

[2]) Dieser Ansicht ist auch Olshausen, Anm. 13 b zu § 113. Bezüglich des Unterschiedes zwischen „rechtsgültig" und „rechtsverbindlich" ist besonders zu verweisen auf die Ausführungen Olshausens Anm. 17 b zu § 110.

gekommene Gesetz auch von dem Untertanen als Gesetz geachtet und vollstreckt werden.[1])

Bei „Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden" ist nun allerdings nicht von einem feststehenden Begriffe zu sprechen; bei ihnen scheint vielmehr schon die Tatsache des Anordnens und Befehlens das Wesen des Begriffs auszufüllen. Es ist aber auch für die Rechtmässigkeit ihrer Vollstreckung, wie schon oben kurz angedeutet, eine sachliche Zuständigkeit zu fordern. Wenn nämlich der Befehl von einer Behörde ausgeht, welche diesem Beamten nichts zu befehlen hat, oder welche ihm zwar Anordnungen bestimmter Art geben kann, mit dieser Anordnung aber sich nicht an ihn, sondern an einen anderen Beamten wenden muss, so ist der Beamte garnicht zur Vollstreckung dieser Anordnung berufen, es liegt also, wenn er doch zur Vollstreckung schreitet, eine rechtentsprechende Ausübung seines Amtes nicht vor.[2])

Bei der Prüfung der Rechtmässigkeit ist also jedesmal festzustellen, dass wirklich ein Befehl oder eine Anordnung einer Verwaltungsbehörde (in der gesetzlich vorgeschriebenen Form) vorliegt [3]) und dass diese Behörde gerade diesem Beamten diese Art von Befehlen zu erteilen befugt war. Ob aber die Anordnung auch in den Umständen des Falles, also inhaltlich, gerechtfertigt sein muss, damit die aus ihr sich ableitende Vollstreckung rechtmässig ist, das ist eine andere Frage, auf die wir unten bei Besprechung der sachlichen Voraussetzungen der amtlichen Tätigkeit näher einzugehen haben.

Zu der allgemeinen sachlichen Zuständigkeit muss weiter die örtliche Zuständigkeit hinzukommen. Der Beamte muss bei der Voll-

[1]) In diesem Sinne sagt auch Hiller, Rechtmässigkeit S. 83/84: „Der Charakter der Rechtmässigkeit muss der Vollziehung eines nicht gehörig verkündeten Gesetzes, einer ohne die ministerielle Contrasignatur erlassenen Verordnung abgehen."

[2]) Anderer Ansicht Lucas, Strafrechtl. Praxis Teil II S. 252.

[3]) Eine solche liegt z. B. nur scheinbar vor, wenn der Schreiber eines Landratamts (etwa, um bestimmten Leuten zu schaden) neben den wirklichen Anordnungen seines Landrats im Amtsblatt eine Anordnung einrücken lässt, die er selbst entworfen hat, und in der er die Gemeindediener des betreffenden Bezirks zu einer Vollstreckungsmassnahme auffordert. Auch dann kann von rechtsgültigem Befehl nicht die Rede sein, wenn er nur mündlich erteilt ist, das Gesetz aber ausdrücklich einen „schriftlichen Auftrag" der Vollstreckungsbehörde verlangt, wie im § 79 der preuss. Verordnung über das Verwaltungszwangsverfahren vom 7. September 1879 bei Vornahme einer Zwangsvollstreckung in diesem Verfahren (R.G.E. 27, 298); vergl. auch van Calker, Verantwortlichkeit S. 42 und Hälschner, Strafrecht II 2 S. 810.

streckung innerhalb des Gebiets bleiben, das ihm (unmittelbar vom Gesetz oder kraft gesetzlicher Befugnis etwa vom anstellenden Vorgesetzten) als Amtsbezirk zugewiesen ist.

Auch hier entscheidet aber in letzter Linie wiederum das Gesetz: Schafft dieses für einzelne Fälle Ausnahmen von der allgemeinen Regelung der Zuständigkeitsgrenzen, so ist dies zu beachten. So bestimmt z. B. G.V.G. § 167:

> Ein Gericht darf Amtshandlungen ausserhalb seines Bezirks ohne Zustimmung des Amtsgerichts des Ortes nur vornehmen, wenn Gefahr im Verzuge obwaltet.[1])

Ähnliche Fälle finden sich in G.V.G. § 159 und anderen Bestimmungen.[2])

Mehr wie im vorstehenden angegeben ist, darf man aber für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung hinsichtlich der Person des Beamten nicht verlangen. Insbesondere berührt es weder den Amtscharakter des Beamten noch den Charakter der Amtshandlung, wenn der Beamte sich bei Ausübung seines Amts in einem Zustande mehr oder minder starker Trunkenheit befindet, wenn er dem von der Vollstreckung Betroffenen persönlich verhasst oder verfeindet ist, wenn er erst kurz vor dem Beginn der Amtshandlung dem von ihr Betroffenen schwere Beleidigungen, Körperverletzungen oder andere deliktische Schädigungen, etwa durch Diebstahl, Betrug oder Sachbeschädigung zugefügt hat u.s.w.[3])

2. Art und Weise des Vollzugs.

In diesem Abschnitt haben wir eine Antwort zu geben auf die Fragen: Welche Handlungen muss der Beamte, um in rechtmässiger

---

[1]) Vergl. R.G.E. 2, 308.

[2]) Ein näheres Eingehen auf die reiche Kasuistik in Fragen sachlicher wie örtlicher Zuständigkeit, welche sich in den einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts und anderer Gerichte findet, hat für den Zweck unserer Untersuchung wenig Wert. Auch müsste bei der übergrossen Zahl von Zuständigkeitsbestimmungen von vornherein auf eine einigermassen befriedigende Vollständigkeit verzichtet werden. Es mag deshalb eine Verweisung auf die bei Olshausen, Anm. 13 zu § 113, Binding, Lehrb. Anm. 3 S. 467/468 und v. Bezold, Strafrechtspraxis zu § 113 sich findende Judikatur genügen.

[3]) Immerhin wird bisweilen in diesem letzteren Falle bei besonders schwerer Tat für den Bürger die Möglichkeit bestehen, durch schleunigen Strafantrag die vorläufige Enthebung des Beamten vom Amte zu erreichen und dadurch ein Tätigwerden dieses Beamten zu verhindern.

Ausübung seines Amtes zu sein, vornehmen, unter welchen Förmlichkeiten, wann und wo (d. h. an welchem Orte innerhalb seines Amtsbezirks) hat er sie vorzunehmen. —

Zunächst darf der Beamte nur diejenigen Handlungen vornehmen, die vom Gesetz für den betreffenden Fall angeordnet sind. Die Entscheidung hierüber ist nicht schwer, wenn das Gesetz kurz und bündig sagt: Bei Vorliegen jener (genannten) Voraussetzungen soll der Beamte verhaften, soll er pfänden, soll er dem Täter den Gegenstand abnehmen u. s. w. Immerhin ist jedoch auch hierbei dem Beamten eine gewisse Handlungsfreiheit gelassen. Darf der Gendarm z. B., wenn der zu Verhaftende nicht mit zum Arrestlokal gehen will, ihn durch Schläge und Stösse vorwärts treiben oder ihn durch einen Strick mit seinem Pferd verbinden, um ihn so zum Weitergehen zu zwingen? Darf der Beamte, welcher die Pfändung durch Kenntlichmachen des Gegenstandes vollziehen soll (§ 808 C.P.O.), zu diesem Zweck eine lange mit dem Amtssiegel verbundene Schnur durch Nägel an einem kostbaren Schrank befestigen und diesen dadurch mehr oder weniger beschädigen? [1])

Die eigentliche Schwierigkeit aber beginnt erst, wenn das Gesetz ganz allgemein bestimmt: Bei Vorliegen jener Voraussetzungen soll der Beamte geeignete Massregeln ergreifen, etwa bei drohendem Aufruhr zu dessen Verhinderung.[2]) In diesen Fällen muss ebenso, wie in den erstgenannten, das pflichtmässige Ermessen des Beamten entscheiden. Es handelt sich dabei nicht um ein Zurückbleiben hinter dem Rechtsideal zu Gunsten einer bestimmten Menschen-

---

[1]) Vergl. auch das Erkenntnis des Obertribunals vom 22. Februar 1877, bezüglich der Befugnisse der Polizeidiener und Gendarmen, (Jurist. Zeitung No. 39, 1877 und Monatszeitschrift für Deutsche Beamte, Jahrg. I, 1878), und vor allem die interessanten Entscheidungen des Reichsgerichts (E. 35, 183, 19, 265, R. 9, 167) über den Umfang des Züchtigungsrecht der Lehrer, denen das Gericht mehrfach den Charakter von Vollstreckungsbeamten im Sinne des § 113 zugesprochen hat. Vergl. E. 25, 89, 35, 183 (anders E. 28, 19).

[2]) Als Beispiel mag auch die Bestimmung des § 10 II, 17 des A.L.R. genannt werden, nach welcher die Erhaltung von Ruhe, Sicherheit und Ordnung zum Amte der Polizei gehört. (Dazu Oppenhoff, Rechtspr. XIII 608, 638, R.G.E. 3, 188, 9, 121, 13, 44, 30, 158, 39, 193.) — Vergl. weiter § 116 Abs. 2 St.P.O.: „Dem Verhafteten dürfen nur solche Beschränkungen auferlegt werden, welche zur Sicherung des Zweckes der Haft oder zur Aufrechterhaltung der Ordnung im Gefängnisse notwendig sind.“ Aus dem ganzen Zusammenhange, in dem diese Bestimmung sich findet, wie auch aus dem Charakter der Vorschrift selbst geht hervor, dass hier nicht eine absolute Notwendigkeit verlangt wird.

klasse wie oben S. 57; hier liegt vielmehr ein Ausdruck des wirklichen alle Menschen verpflichtenden Rechtswillens des Gesetzes vor. Das Gesetz will die verschiedengestaltigen Verhältnisse, die der betreffende Augenblick schaffen kann, nicht kategorisch gleich behandeln; sie aber in allen Einzelheiten erschöpfend und vollständig zu regeln, ist ihm schlechterdings unmöglich. So macht es denn gleichsam den Beamten zum Gesetzgeber dieser Situation: Sein pflichtmässiges Ermessen soll den Ausschlag geben.[1]) —

Weiter kommt es bisweilen vor, dass der Beamte sich nicht auf die Ausführung der Vollstreckung beschränkt, sondern mit dieser ein strafbares, deliktisches Tun verbindet.[2]) Ob dieses der ganzen Tätigkeit den Charakter rechtmässiger Amtsausübung zu nehmen vermag, ist Tatfrage, ist abstrakt nur schwer zu entscheiden: Es kommt darauf an, ob das strafbare Tun mit der vollstreckenden Tätigkeit untrennbar zu e i n e r Handlung verknüpft ist oder ob sich beide als zwei mehr oder minder selbständige Handlungen auffassen lassen.

Nimmt z. B. ein Schutzmann eine Verhaftung vor, überhäuft aber den Inhaftierten, während er ihn durch die Strassen zum Arrestlokal führt, fortwährend mit rohen und groben Schimpfworten [3]) oder treibt ihn ohne jeden Grund gefesselt unter fortwährenden Schlägen vor sich her, so ist er nicht in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes, der Widerstand gegen seine Tätigkeit aus § 113 nicht strafbar.[4])

---

[1]) So auch G u g g e n h e i m e r , Irrtum S. 10.

[2]) Besteht seine Tätigkeit n u r in einer strafbaren Handlung, steht er z. B. im Begriff, den zu pfändenden Gegenstand absichtlich zu zerschlagen, statt ihn in seinen Gewahrsam zu übernehmen, so ist selbstverständlich von einer Amtsausübung nicht die Rede: Der Beamte nimmt dann garnicht eine vom Gesetz angeordnete Handlung vor. Auch H i l l e r , Rechtmässigkeit S. 48/49 hebt dies ausdrücklich hervor.

[3]) Die eine oder andere bei Gelegenheit der Verhaftung ausgesprochene, wenn auch schwere Beleidigung macht aber die Verhaftung selbst noch nicht unrechtmässig.

[4]) Dieselbe Ansicht ist schon ausgesprochen in dem Erkenntnis des Obertribunals vom 18. März 1869 bezüglich § 89 Pr.St.G.B. (O p p e n h o f f , Rechtspr. X S. 166). Es hatte hier der des Widerstands Angeklagte zu seiner Verteidigung vorgebracht, der Polizeisergeant habe ihn bei der Verhaftung gestossen und ihm die Kleider zerrissen. Vom Vorderrichter war diese Angabe des Angeklagten unberücksichtigt gelassen. Das Obertribunal erklärt daraufhin ausdrücklich die Verhängung der Widerstandsstrafe davon abhängig, dass „der Polizeidiener nicht seinerseits aus dem Gebiet einer Amtshandlung auf dasjenige einer Misshandlung in Veranlassung der

Zerschlägt aber andererseits ein Gerichtsvollzieher bei Gelegenheit der Pfändung eines Gegenstandes aus Rache oder sonstiger böslicher Absicht einen anderen Gegenstand des Schuldners, so ist, wenn die Zerstörung des Gegenstandes noch nicht vollendet oder der Beamte im Begriff ist, noch weitere Gegenstände zu zerschlagen, hiergegen ohne Zweifel Notwehr zulässig; die Pfändung aber wird durch die gleichzeitig erfolgte Sachbeschädigung nicht unrechtmässig, der gegen ihre Vollziehung gerichtete Widerstand ist strafbar. —

Immerhin muss die Vollstreckung, um rechtmässig zu sein, alle Förmlichkeiten aufweisen, die für die Amtshandlung als wesentlich vorgeschrieben sind. [1]) Es ist nicht gerechtfertigt, mit Hiller (Rechtmässigkeit S. 48) nur dann die Rechtmässigkeit zu verneinen, wenn sich „die Form des Aktes der Staatsgewalt auf den ersten Blick als eine gesetzwidrige" darstellt. [2]) Auch wenn die Formwidrig-

---

Ausübung des Amts hinübergetreten sei und daher ein bei der Verteidigung gegen eine solche Misshandlung vom Angeklagten geführter Stoss, welcher den Beamten traf, als Angriff gegen den Beamten während der Vornahme einer Amtshandlung nicht betrachtet werden könne." Vergl. weiter im gleichen Sinne Goltdammer, Materialien zu § 89, 7b. In seinem Erkenntnis vom 28. November 1874 (Oppenhoff, Rechtsprech. XV 819) hat das Obertribunal denselben Grundsatz auch für § 113 R.St.G.B. anerkannt.

[1]) Diesen absolut wesentlichen Formvorschriften sind aber gleichzustellen, wie gleich hier bemerkt sein mag, diejenigen, deren Beobachtung das Gesetz dem pflichtmässigen Ermessen des Beamten anheimgegeben hat. Ein treffendes Beispiel bietet der § 105 Abs. 2 St.P.O. (vergl. auch § 106 Abs. 1):

„Wenn eine Durchsuchung der Wohnung.... ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind, wenn dies möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde..... zuzuziehen."

Mit Recht bemerkt das Reichsgericht (R. 6, 366, 7, 544) zu diesem Paragraphen, dass hier nicht eine absolute Unmöglichkeit erfordert werde, sondern nach dem, auch aus den Motiven (zu § 96 Entwurf der St.P.O.) erweisbaren Zweck des Paragraphen der Durchsuchende schon dann von der Beobachtung der Vorschrift Abstand nehmen dürfe, „wenn durch den mit der Zuziehung verbundenen Zeitverlust voraussichtlich der Erfolg der Durchsuchung vereitelt werden würde." Über die Begründetheit dieser Annahme entscheidet allein das pflichtmässige Ermessen des Beamten. — Wir gehen, um Wiederholungen zu vermeiden, auf diese Fälle (ebenso wie oben S. 57 Anm. 1) hier nicht näher ein: Es kommen bei ihnen dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie in den später zu besprechenden Fällen, in der die Annahme der sachlichen Voraussetzungen der Handlungen in das pflichtmässige Ermessen des Beamten gestellt ist. Auf diesen Abschnitt wird daher verwiesen.

[2]) Bei Hiller ist diese Behauptung auch nur eine Konsequenz des allgemeinen, aus einer falschen Auffassung des Verhältnisses von § 113 zur Notwehr her-

keit noch so wenig offensichtlich ist, kann von rechtmässiger Amtsausübung nicht gesprochen werden, wenn w e s e n t l i c h e Formvorschriften verletzt sind. Wann aber eine Förmlichkeit als wesentlich vorgeschrieben ist, wann es sich nicht nur um reglementäre (instruktionelle) Vorschriften handelt, ist nicht immer leicht zu entscheiden.[1])

Jedenfalls kann die Entscheidung nicht überall auf den Wortlaut („ist verpflichtet", „hat zu tun", „soll", „muss") gestützt werden. Die Beobachtung einer Mussvorschrift z. B. ist unter Umständen vielleicht nur eine Vorbedingung für eine der Vollstreckung n a c h f o l g e n d e W i r k u n g , (etwa die angeordnete Aufnahme eines Protokolls während der Vornahme für die Möglichkeit eines für bestimmte Personen z. B. die Gläubiger oder für bestimmte Rechtsverhältnisse wirksamen Nachweises der geschehenen Vollstreckung) ohne dass sie damit zugleich zur Vorbedingung für die V o r n a h m e der Handlung gemacht werden sollte.

Auch der Inhalt der Vorschrift ist nicht schlechthin massgebend, da dieselbe Förmlichkeit, welche der einen Vollstreckung wesentlich ist, sehr wohl bei einer anderen ein bloss wünschenswertes Verhalten des Beamten bezeichnen kann. (S. auch R.G. E. 17, 124.)

Schliesslich ist auch die Stelle, an welcher sich die Vorschrift findet, nicht ausschlaggebend. Es ist nicht zu billigen, wenn man die nicht in formellen Gesetzen stehenden Formvorschriften ohne weiteres als für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung unwesentlich hinstellt.[2]) Erteilt das Gesetz irgend einem Staatsorgan — in der Regel einem Zentralorgan, dem Minister, (bei lokaler Bedeutung der betr. Vollstreckung) dem Oberpräsidenten u. s. w. — die Befugnis, mit bindender Wirkung eine Vollstreckung zu regeln und macht dieses nun die Vollstreckung von bestimmten Förmlichkeiten abhängig, so gilt dies eben, als wenn es im Gesetze selbst stünde: Das ist ja das Wesen der sogen. Rechtsverord-

---

vorgegangenen unrichtigen Obersatzes, dass das durch die Amtstätigkeit zur Ausführung gelangende Unrecht, wenn es zum Widerstande berechtigen soll, o f f e n b a r d. h. so gestaltet sein muss, dass es überhaupt mit Sicherheit und sachlich erkannt werden kann." Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist schon oben S. 36/37 erwiesen.

[1]) Als Beispiele wesentlicher Formvorschriften vergl. z. B. § 750 C.P.O. (Zustellung des Urteils spätestens bei Beginn der Zwangsvollstreckung), § 761 Abs. 2 eod. (nach welchem die Verfügung, durch welche die Erlaubnis zu einer Vollstreckungshandlung bei Nachtzeit erteilt wird, bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen ist).

[2]) Derselben Ansicht sind v. S t r e i t , Widerstand S. 104, O l s h a u s e n , Anm. 13 b zu § 113, H i l l e r , Rechtm. S. 48, N e u m a n n , Goltd. Arch. 22 S. 219.

nung, es ist der Wille des Gesetzes, dass das in der Verordnung Geregelte wie Gesetzesrecht für alle Gesetzunterworfenen verbindlich sei.[1]) Dies unterscheidet sie eben von reinen Verwaltungsvorschriften. Auch der Erlass dieser Vorschriften beruht im letzten Grunde auf gesetzlicher Vollmacht: Das Gesetz beauftragt, obgleich es die Vornahme der Vollstreckung geregelt oder wenigstens abschliessend behandelt hat, ein Staatsorgan damit, den Geschäftsbetrieb der betr. Vollstreckungsbeamten im einzelnen zu organisieren.[2]) Setzt dieses Organ nun noch weitere Förmlichkeiten für die Vollstreckung fest, so sind diese Bestimmungen, die lediglich für das interne Beamtenverhältnis, nicht als Ergänzung gesetzlicher Vollzugsbestimmungen gelten sollen, für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung ohne Bedeutung.[3])

Dies wird auch vom Reichsgericht (1. Strafs.) in R. 8, 546 anerkannt, wo ausdrücklich die Übertretung unwesentlicher Dienstvorschriften der Verletzung wesentlicher Formvorschriften der Gesetze gegenübergestellt und als die Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht berührend gekennzeichnet wird. Diesem Urteile stehen allerdings zwei weitere gegenüber, in denen das Gericht sich zum mindesten über die grundsätzliche Stellung zu dieser Frage nicht klar gewesen ist. In dem ersten (E. 1, 165 2. Strafs.) handelte es sich um die Zuziehung von Zeugen zu einer Zwangsvollstreckung (ähnlich, wie sie heute § 759 C.P.O. regelt). A.G.O. I 24 § 68 (also das Gesetz) schrieb sie nur für den Fall vor, dass der Schuldner sich weigert, dem Exekutor seine Effekten und Habseligkeiten vorzuzeigen und zu dem Ende seine Zimmer, Gewölbe, Keller und sonstigen Behältnisse zu öffnen (kurz, dass also die Exekution mit Gewalt durchzuführen ist) oder dass sich der Schuldner entfernt und niemanden zur Wahrnehmung seines Interesses zurückgelassen hat. Der § 42 aber der preussischen Dienstinstruktion für die gerichtlichen Unterbeamten vom 2. August 1850 (eine einfache Dienstanweisung!) verlangte die Zuziehung von Zeugen bei

---

[1]) Vergl. Laband, Staatsrecht Bd. I, § 58 S. 592.

[2]) So sind z. B. die verschiedenen Massnahmen der Zwangsvollstreckung, die hierbei in Betracht kommenden Befugnisse der Gerichtsvollzieher samt den zu beobachtenden Förmlichkeiten (vergl. z. B. §§ 758, 759) in der Civilprozessordnung geregelt. Trotzdem bestimmt § 155 G.V.G.: „Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der mit den Vollstreckungen zu betrauenden Beamten (Gerichtsvollzieher) werden bei dem Reichsgericht durch den Reichskanzler, bei den Landgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.“

[3]) So auch Borchardt, Voraussetzungen S. 64.

jeder wirklichen Auspfändung. § 68 a. a. O. war beachtet, § 42 a. a. O. nicht. Anstatt nun einfach der letzten Bestimmung, als einer blossen Dienstanweisung angehörig, von vornherein jede Massgeblichkeit für den § 113 abzusprechen, erkennt das Reichsgericht zwar ihren „reglementarischen" Charakter an, führt aber dann durch Vergleichung mit einer später erlassenen, dem Verwaltungsrecht angehörenden Norm einen besonderen Beweis dafür, dass „die Nichtbeachtung dieser nur reglementarischen Vorschrift keinesfalls als Nichtbefolgung einer wesentlichen Förmlichkeit anzusehen ist, welche die richterlicherseits verordnete Vollstreckung der Exekution zu einem Akte unrechtmässiger Amtsausübung stempeln könnte."[1])

In ähnlich fehlerhafter Weise verfährt das Gericht (1. Strafs.) auch in einem zweiten Urteil, das sich E. 17, 125 findet. Immerhin scheint es hier wenigstens theoretisch unseren Standpunkt zu teilen, wenn es den leitenden Grundsatz in die Worte fasst: „Durch ein nur Normativbestimmungen enthaltendes und die nähere Ausführung derselben ausdrücklich weiterer Regulierung vorbehaltendes Gesetz können auch wesentliche, für die Rechtsgültigkeit des Akts erhebliche Normen desselben einer Dienstanweisung (Instruktion für den ausführenden Beamten) vorbehalten bleiben." Denn es wird ja in den zitierten Worten ausdrücklich betont, dass der Erlass der „Dienstanweisung" zur Ergänzung des Gesetzes angeordnet ist. Insoweit ist dann eben die Dienstanweisung eine wahre Rechtsverordnung. Dass der Name, ob Ausführungsanweisung, Dienstinstruktion, Geschäftsreglement u. s. w., wenngleich vielfach bereits den Charakter der betreffenden Verordnung andeutend, doch nicht über letzteren bestimmt, sondern hierfür lediglich die Art der gesetzlichen Ermächtigung zum Erlass der Verordnung massgebend ist, glauben wir genügend hervorgehoben zu haben. Ist doch z. B. der Fall denkbar, dass für eine Vollstreckung demselben Organ sowohl eine Gesetzgebungsbefugnis in bestimmter Hinsicht delegiert als auch die Ermächtigung zum Erlass einer dienstlichen Instruktion für den vollstreckenden Beamten erteilt ist und nun beide Gattungen von Vorschriften in demselben Erlass, etwa

---

[1]) Die Stellungnahme des Pr. Obertribunals in obiger Frage ist ebenfalls nicht unzweifelhaft. Während es in seinem Erkenntnis vom 17. November 1875 (Oppenhoff, Rechtspr. XVI, 736) jedenfalls im Resultat, unsern Standpunkt teilt, lässt sich dies aus dem eodem XVI, 144 veröffentlichten Erkenntnisse nicht mit Sicherheit entnehmen.

unter der Bezeichnung als Dienstanweisung, vereinigt werden. Alsdann ist natürlich bei jeder Bestimmung dieser „Dienstanweisung" eine genaue Prüfung erforderlich, auf Grund welcher Befugnis sie erlassen ist. Denn stets ist daran festzuhalten: Nur das Gesetz und die von ihm angeordnete Ergänzung seiner Lücken (d. h. die Rechtsverordnung) können rechtswesentliche Formen der Vollstreckung (im Sinne des § 113) festlegen, nie aber die sich bloss an die Beamten wendende Verwaltungsverordnung.

Auf der anderen Seite gehen Hiller und Neumann (a. a. O.) wieder zu weit, wenn sie alle in Gesetzen und Rechtsverordnungen sich findenden Formvorschriften als wesentlich ansehen wollen.[1]) Besonders energisch tritt hierfür Neumann (a. a. O. S. 218) ein:

„Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung wird durch eine Verletzung oder Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Form alteriert, wenn das Gesetz selbst die Form des Verfahrens regelt oder auf eine durch die Staatsregierung zu erlassende Instruktion hinweist. Denn hierdurch hat es zu erkennen gegeben, dass es auf die Form Wert legt, und da Zwangsvollstreckungen eine Beschränkung der persönlichen Freiheit durch die Staatshoheit darstellen, so sind auch gewisse Grenzlinien und Garantien notwendig, um einerseits die Freiheit und Sicherheit des Einzelnen nicht mehr als nötig einzuschränken, andererseits die Würde und Hoheit des Staates nicht in Gefahr zu bringen, durch die Willkür seiner Organe gemissbraucht zu werden. Die Staatsangehörigen haben also einen gesetzlichen Anspruch auf die Befolgung solcher formeller Vorschriften, und ihre Missachtung ist ebenso unrechtmässig als Überschreitung der sachlichen Zuständigkeit bei Handhabung des Amtes."

In letzterem stimmen wir mit Neumann völlig überein — wenn nur feststeht, dass die im konkreten Fall fraglichen Vorschriften wirklich als derartige „Grenzlinien und Garantien" zu gelten haben. Dies aber ist eben nicht durch die Stellung im Gesetze, sondern nur durch den Willen des Gesetzes bedingt. Gewiss ist die Feststellung dieses Willens nicht immer leicht,[2]) und es muss zugegeben werden, dass

---

[1]) Hiller, Rechtmässigkeit S. 48 (nicht 52, wie von Olshausen und v. Streit zitiert wird), Neumann, Goltd. Arch. XXII S. 218/219. Dagegen richtig: Mayer, Widerstand S. 449, Olshausen, 13b zu § 113, v. Streit, Widersetzung S. 104, Oppenhoff, Anm. 17 zu § 113, Oppenhoff-Delius No. 15 zu § 113, Meves in v. Holtzendorffs Handbuch IV S. 311.

[2]) Einen Anhaltspunkt wenigstens für seine Feststellung bietet bisweilen die Terminologie des Gesetzes, insofern in die Form von Muss-Vorschriften meist

bei einem nicht zu hebenden Zweifel das, was im Gesetz angeordnet ist, als absolut notwendig, als für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung begriffswesentlich präsumiert werden muss. Aber das beseitigt nicht die unleugbare Tatsache, dass auch in den Gesetzen manche Bestimmungen stehen, die als rein instruktionelle Vorschriften gedacht sind und deren Nichtbeachtung die Durchführung der Handlung nicht im geringsten hindern soll.

Schon eine ganz einfache gesetztechnische und gesetzpolitische Erwägung zwingt dazu, dem Gesetzgeber wenigstens die Möglichkeit zuzugestehen, solche Vorschriften in Gesetzen zu geben: Wenn in einer einfachen (d. h. nicht als Rechtsverordnung erlassenen) Dienstanweisung der Landrat den ihm unterstehenden Vollstreckungsbeamten kraft seiner Verwaltungsbefugnis zur Pflicht macht, vor jeder Vollstreckung, wenn möglich, den Rat des Vorgesetzten einzuholen, bei einer Verhaftung stets ein bestimmtes ihnen als dauerndes Legitimierungszeichen eingehändigtes Schriftstück vorzuzeigen, die Verhaftung durch Aussprechen einer bestimmten Redewendung[1]) vorzunehmen u. s. w., so wird niemand bei Verletzung dieser Vorschriften eine unrechtmässige Amtsausübung annehmen, jeder aber wird bei manchen dieser Bestimmungen zugeben, dass sie höchst zweckmässig, in hohem Grade geeignet sind, Betrügereien, Roheiten u. s. w. zu verhindern. Warum hat denn trotzdem der Gesetzgeber sie nicht zum Gesetz erhoben, sie in diesem als wesentliches Merkmal rechtmässiger Handlungsweise gekennzeichnet? Auch ihm konnte die Zweckmässigkeit solcher Bestimmungen nicht ganz entgehen, aber er hatte mit menschlichem Unvermögen zu rechnen; er erkannte die Durchführung der Handlung als rechtsnotwendig und durfte sie deshalb nicht durch eine Reihe wesentlicher Formvorschriften gefähr-

---

nur solche Erfordernisse gekleidet werden, die in irgend einer Beziehung rechtswesentlich sind, während die Soll- und Kann-Vorschriften mehr auf einen unwesentlichen Charakter ihres Inhalts hindeuten. Doch wurde schon oben betont, dass dieser Anhaltspunkt bei Untersuchung der Rechtmässigkeit des § 113 nur mit Vorsicht zu benutzen ist.

[1]) Z. B. „Im Namen des Gesetzes" (in Österreich für das Einschreiten der Gendarmen vorgeschrieben, vergl. Herbst, Handbuch des österr. Strafrechts No. 3 zu § 168 und Mayer, Widerstand S. 490); in Frankreich verlangte man früher für die Strafbarkeit des Widerstandes, „que l'officier public avait prononcé, avant l'acte de violence, cette formule sacramentelle: obéissance à la loi." (Vergl. Mayer a. a. O.)

den. So vertraute er denn auf das Verständnis seiner Vollstreckungsorgane und begnügte sich, die Vollstreckung nur anzuordnen und in den wesentlichsten Punkten zu regeln, in dieser Anordnung und Regelung aber, wo möglich, gleich den Geist zu offenbaren, in welchem er die ganze Vollstreckung gehandhabt wissen wollte.

Aber das letztere ist eben nicht immer möglich. Es gibt manche Vollstreckungsmassnahmen, die mit einem Wort zu bezeichnen sind („pfänden", „verhaften"), und bei denen fast nur die Anordnung zweckmässiger, nicht wesentlicher Förmlichkeiten am Platze ist; gerade aber die ganz kurz gefasste Anordnung einer Vollstreckung hat etwas Strenges und Rücksichtsloses. Soll nun auch hier der Gesetzgeber lediglich auf das Zweckmässigkeitsgefühl seiner Organe bauen, ohne den die Vollstreckung beherrschenden Geist wenigstens anzudeuten?

Dies ist aber nicht der einzige Fall, der den Gesetzgeber bewegen muss, instruktionelle Vorschriften nicht erst einfachen Dienstanweisungen zu überlassen. Sehr häufig wird die Zweckmässigkeit einer Förmlichkeit einen so hohen, von lokalen und individuellen Rücksichten unabhängigen Grad besitzen, dass sich der Gesetzgeber nur sehr schwer entschliesst, die Durchführung der Handlung durch diese Förmlichkeit nicht gerade zu bedingen. Da aber wird ihm naturgemäss besonders viel daran liegen, gleich hier, bei der Anordnung der Vollstreckung, die wünschenswerte Form des Vollzugs festzulegen und dem Bürger damit, gleichsam öffentlich und feierlich, die Beruhigung zu geben, dass die Vollstreckung doch, wenn sie auch im Interesse der Rechtssicherheit nicht gerade von diesen Förmlichkeiten abhängig zu machen war, sich in diesen Formen bewegen wird, weil sie in der Regel durch pflichttreue Beamte erfolgt und durch die Stellung im Gesetz diese Förmlichkeiten den Beamten noch als besonders wichtig vor Augen gestellt werden. — Dies zum Ausdruck zu bringen, muss in der Macht des Gesetzgebers stehen; sonst könnte das Gesetz ja weniger als der von ihm seine Anordnungsbefugnis ableitende Oberpräsident, Landrat u. s. w.

Ist aber für einige besonders krasse Fälle das Vorhandensein von instruktionellen Vorschriften als möglich zugegeben, so ist damit überhaupt die Ansicht widerlegt, dass alle gesetzlichen Formvorschriften der Amtshandlung wesentlich sind, ihre Durchführung bedingen.

Und was hier von formellen Gesetzen gesagt ist, gilt ebenso von

Rechtsverordnungen.[1]) Es werden sich in diesen sogar viel häufiger solche bloss reglementären Vorschriften finden, denn oft sind diejenigen Organe, welche die Rechtsverordnungen erlassen, auch zugleich zum Erlass jener (reinen), die Rechtmässigkeit absolut nicht beeinflussenden Dienstanweisungen befugt; sie werden daher leicht geneigt sein, wichtigere Bestimmungen der Dienstinstruktionen bereits in die als Ergänzung der Gesetze zu erlassenden Verordnungen aufzunehmen, schon um sie so den Beamten als besonders wichtig ans Herz zu legen.

Man könnte nun allerdings mit einem gewissen Recht einwenden — in der Literatur ist dies, soweit ersichtlich, noch nicht beachtet —: Wenn das Gesetz sagt, der Beamte soll diese Vollstreckung vornehmen, aber ich wünsche, dass er dabei jene Förmlichkeiten beachtet, — so schafft es damit eine g e s e t z l i c h n o r m i e r t e A m t s p f l i c h t ; der Beamte soll, w e n n e b e n m ö g l i c h , die Formvorschriften erfüllen. Mag auch im allgemeinen die Amtspflicht auf die Frage der Rechtmässigkeit ohne Einfluss sein, d i e s e g e s e t z l i c h festgelegte Pflicht des Beamten muss erfüllt werden, wenn von rechtmässiger Ausübung des Amts im Sinne des § 113 die Rede sein soll. — —

Dem ist aber entgegenzuhalten: Allerdings ist die Auslegung dieser instruktionellen Vorschriften als durch generelles Gesetz normierter Amtspflicht durchaus richtig, darum aber noch nicht der Rückschluss auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung. Es liegt hier ein ganz anderer Fall vor als oben S. 69/70, wo wir allerdings eine für die Rechtmässigkeit bedeutsame, gesetzliche Amtspflicht nachweisen konnten, nämlich, wo das Gesetz den Beamten die Vornahme g e e i g n e t e r Massregeln zur Pflicht macht. H i e r enthält sich das Gesetz nicht einer speziellen Anordnung, hier spricht es klar aus, dass es bestimmte Förmlichkeiten zwar beachtet wissen will, die Durchführung der Handlung aber, selbst bei Verletzung dieser Formvorschriften, wünscht. Unmöglich aber kann es dabei die wirklich ohne Beobachtung der Förmlichkeiten durchgeführte Handlung als unrechtmässig hinstellen, als

---

[1]) So legt auch das Pr. Obertribunal in seinem Erkenntnis vom 1. Dezember 1871 (O p p e n h o f f , Rechtspr. XII S. 608) Gewicht auf die Feststellung, dass der Exekutor durch die Nichtbeachtung des § 16 der Verordnung vom 30. Juli 1853 (Zuziehung von Zeugen bei einer Pfändung) „nicht bloss gegen eine reglementarische Vorschrift gehandelt, sondern eine Pfändung in einer Weise vorgenommen hat, die (nach Sinn und Wortlaut der Verordnung) unzulässig, also ungesetzlich war.“

seiner Rechtsüberzeugung nicht entsprechend verleugnen. Gewiss, als pflichtgemäss sieht das Gesetz diese Handlung nicht an. Aber diese Pflichtmässigkeit deckt sich nicht mit der Rechtmässigkeit. Hätte das Gesetz nach seiner Rechtsüberzeugung die fraglichen Förmlichkeiten als rechtsnotwendig betrachtet, so hätte es ihre Beobachtungen dem Beamten nicht bloss als Pflicht anbefohlen: „Recht", „Rechtsüberzeugung des Gesetzes" ist nur diejenige Vollstreckungsart, welche in den an alle Untertanen sich wendenden und für alle Untertanen verbindlichen Gesetzen a n g e o r d n e t ist; was hier als überflüssig und unwesentlich bezeichnet ist, kann den R e c h t s charakter der Vollstreckung nicht beeinflussen, denn damit hat eben — um N e u m a n n s eigene Worte zu gebrauchen — das Gesetz zu erkennen gegeben, dass es auf d i e s e Förmlichkeiten k e i n e n Wert legt, dass es sie nicht als rechtsnotwendige Grenzlinien und Garantien zu Gunsten der Untertanen ansieht.[1]) Auf den Standpunkt aber des Gesetzes, der Staatsgewalt kann es, wie oben gezeigt, für die Auslegung des § 113 lediglich ankommen, nicht darauf, was der U n t e r t a n als Recht gelten lassen will; für ihn wäre es allerdings günstiger, wenn die Pflichtwidrigkeit der Amtsausübung in diesem Punkte zugleich ihre Unrechtmässigkeit nach sich zöge, oder seinen Standpunkt für die Auslegung des Paragraphen gelten lassen, heisst ebenso einseitig zu verfahren, wie wenn man den Standpunkt des Beamten entscheiden lässt.[2])

---

[1]) Es ist aber zu beachten, dass für die Rechtswesentlichkeit einer Vorschrift n u r der Wille des Gesetzes entscheidet, dass die Handlung nicht ohne diese Förmlichkeit durchgeführt wird. Ist dies doch geschehen, so braucht die Handlung deshalb nicht gerade rechtsunwirksam zu sein. So ist z. B. die Bestimmung des § 761 Abs. 2 C.P.O., nach der die Verfügung des Amtsrichters, durch die er die Erlaubnis zur nächtlichen Vornahme einer Vollstreckung erteilt, bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen ist, eine rechtswesentliche Formvorschrift, die ohnedem vorgenommene Vollstreckung aber doch rechtsbeständig. (S t e i n , C.P.O. II zu § 761.)

[2]) Für die Unrichtigkeit dieses Standpunkts liefert uns aber gerade die im Text behandelte Frage der Massgeblichkeit bloss reglementärer gesetzlicher Formvorschriften einen trefflichen Beweis. Denn wenn die Verfechter einer solchen Auslegung, wie wir sahen, bei Beurteilung des Vorliegens der s a c h l i c h e n Voraussetzungen für die Amtshandlungen den einfachen Massstab des Gesetzes verwarfen und ein pflichtmässiges Handeln genügen liessen, so müssen sie doch konsequenter Weise auch hier die Pflichtmässigkeit entscheiden lassen, mit anderen Worten: Wie sie in ersterem Punkte weniger für die Rechtmässigkeit verlangten, als das Gesetz, so müssen sie in letzterem Punkte trotz des erkennbaren gesetzlichen Willens, der sich hier sogar in demselben Gesetze ausgesprochen findet, in welchem auch das pflichtmässige Verhalten angeordnet ist, das Mass der gesetzlichen Forderungen noch überschreiten.

Im Anschluss hieran gehen wir zweckmässig gleich auf zwei weitere Momente der Handlung ein, bei denen im wesentlichen dieselben Grundsätze anzuwenden sind, wie bei der Frage nach den zu beobachtenden Förmlichkeiten:[1]) Bisweilen verbietet das Gesetz eine Vollstreckung an bestimmten Tagen, zu bestimmten Zeiten des Tages oder der Nacht (vergl. z. B. § 761 C.P.O., der im allgemeinen jede Vollstreckungshandlung zur Nachtzeit sowie an Sonn- und allgemeinen Feiertagen untersagt).[2]) Oder auch es schreibt eine bestimmte Örtlichkeit für die Vollstreckung vor oder verbietet wenigstens die Vornahme derselben an bestimmten Orten, etwa eine Pfändung auf offener Strasse, eine Leibesvisitation im allgemein zugänglichen Zollbureau bei Verdacht einer Zolldefraudation,[3]) eine Verhaftung in der Kirche.

Auch hier kommt für die Entscheidung der Rechtsmässigkeit alles darauf an, ob das Gesetz die Zeit- oder Ortsbestimmung als wesentliches Erfordernis der Vollstreckung hinstellen wollte, ob es sein Wille war, dass die Handlung nur an diesem Orte, zu dieser Zeit, unter allen Umständen zu jener Zeit, an jenem Orte vorgenommen werden soll. Ist dies der Fall, so bilden diese Bestimmungen unverrückbare Grenzen für die konkrete örtliche und zeitliche Zuständigkeit des Beamten, deren Überschreitung die Unrechtmässigkeit der Amtsausübung nach sich zieht.[4])

Die Grundsätze, die wir im vorstehenden bezüglich der Art und Weise des Vollzugs der Vollstreckungshandlung, der Förmlichkeiten,

[1]) Der Übersichtlichkeit halber sind sie aber von diesen getrennt behandelt, da es sich bei den Förmlichkeiten mehr um die Frage handelt: Wie ist die Vollstreckung zu vollziehen, was muss vor ihr und besonders bei ihr geschehen? während wir hier fragen: Wann muss die Vollstreckungshandlung und wo muss sie geschehen?

[2]) Vergl. aber § 104 St.P.O.: „Zur Nachtzeit dürfen die Wohnung..... nur bei Verfolgung auf frischer Tat oder bei Gefahr im Verzug oder dann durchsucht werden, wenn es sich um die Wiederergreifung eines entwichenen Gefangenen handelt.“

[3]) Vergl. auch § 27 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869, nach welchem „Personen, gegen welche der Augenschein den Verdacht erregt, dass sie Waren unter den Kleidern verborgen haben, und welche der Aufforderung der Zollbeamten, sich dieser Gegenstände freiwillig zu entledigen, nicht sogleich vollständig genügen, der körperlichen Visitation unterworfen werden können.“ „Sie müssen jedoch, wenn sie die Visitation nicht bei der nächsten Zollstelle oder Ortsbehörde wollen geschehen lassen, deshalb vor die zur Untersuchung der Zollstraffälle kompetente Behörde geführt werden.“

[4]) Vergl. hierzu noch R.G.E. 1, 93 ff., 2, 398 ff., 31, 307 ff.

des Ortes und der Zeit entwickelt haben, stehen, worauf zum Teil schon oben hingewiesen ist (s. S. 73), im wesentlichen auch in vollem Einklange mit der Praxis des Reichsgerichts.[1] Olshausen (13 b zu § 113) erhebt allerdings den Vorwurf, dass „das R.G. E. 7, 370 (vergl. übrigens auch das R.G. E. 12, 261) anscheinend (!) darauf entscheidendes Gewicht lege, dass die betreffende Vorschrift durch Gesetz (nicht durch Instruktion) getroffen sei. Auch ein Gesetz enthalte aber häufig nur reglementäre Vorschriften." Hierin liegt jedoch eine grobe Verkennung der betreffenden reichsgerichtlichen Ausführungen.

Allerdings gebraucht das Reichsgericht (1. Strafsenat) in seinem Erkenntnis 12, 261 eine etwas missverständliche Ausdrucksweise, wenn es sagt: „Es ist unzweifelhaft richtig und auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt anerkannt, dass da, wo die Vornahme einer Vollstreckungshandlung vom Gesetze ausdrücklich an die Voraussetzung der Einhaltung bestimmter Förmlichkeiten, insbesondere der Zuziehung von Zeugen oder bestimmter Kategorien derselben, geknüpft ist, eine Nichtbeachtung dieser Vorschriften der Amtshandlung den Charakter der Rechtmässigkeit im Sinne des § 113 (oder § 117) St.G.B. entzieht."

Aber das Erkenntnis verlangt doch, dass die Förmlichkeiten als „Voraussetzungen" erscheinen, an welche die Vornahme der Handlung geknüpft ist, und vor allem wird in seinem weiteren Inhalte zum Belege auf ein Erkenntnis des II. Strafsenats Bezug genommen, das sich in E. 7, 370 findet.[2] Auch hier handelt es sich um die Zuziehung von Zeugen zu einer Vollstreckung und zwar auf Grund des § 679 (jetzigen § 759) C.P.O.:

> Wird bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet (oder ist bei einer in der Wohnung des Schuldners erfolgenden Voll-

---

[1]) Zwar sind nicht gerade viele seiner Entscheidungen über hier interessierende Fragen veröffentlicht worden, aber immerhin genügend, um den Standpunkt dieses obersten Gerichtshofes des Reiches deutlich zu erkennen.

[2]) Wir gehen im folgenden auf dieses Urteil näher ein, weil es erstens ein treffliches Beispiel dafür bietet, wie gründlich bisweilen bei der Prüfung des Charakters einer Formvorschrift verfahren werden muss, und zweitens weil der § 759 C.P.O einen Fall behandelt, der in der Praxis besonders häufig wiederkehrt. — Zu demselben Paragraphen vergl. auch die im Ergebnis gleichlautenden Erkenntnisse R. 6, 359 E. 24, 390, 26, 389 und insbesondere das praktisch wichtige Urteil vom 24. Mai 1887 bei Goltdammer XXXV, 216.

streckungshandlung weder der Schuldner noch eine zur Familie desselben gehörende oder in dieser Familie dienende erwachsene Person gegenwärtig), so hat der Gerichtsvollzieher zwei grossjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

Das Reichsgericht weist zunächst aus den Motiven zum Entwurf einer C.P.O. nach, dass schon bei Schaffung des Gesetzes die Absicht bestand, die Vorschriften über die dem Gerichtsvollzieher zustehende Befugnis, Gewalt anzuwenden, durch reglementarische Vorschriften zu ergänzen. Demnach habe sich das Gesetz in seiner Regelung auf die absolut wesentlichen Bestimmungen beschränken wollen. Weiter gehe sowohl aus der Fassung des Paragraphen wie aus der Gleichstellung der zwei Fälle — Leistung von Widerstand und Abwesenheit des Schuldners — hervor, dass der Zweck der Vorschrift nicht bloss darauf gerichtet sei, bei einer nach § 113 St.G.B. strafbaren Widerstandsleistung den Beweis der Tat zu sichern, sondern auch darin, eine Garantie für die Legalität des Verfahrens des zur gewaltsamen Zwangsvollstreckung schreitenden Gerichtsvollziehers zu schaffen.

Und nun fährt das Reichsgericht fort und lässt damit über seinen grundsätzlichen Standpunkt keinen Zweifel: „Es tritt hinzu, dass zur Zeit des Erlasses der Zivilprozessordnung die Rechtsprechung die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Sinne des § 113 St.G.B. insoweit für ausgeschlossen erachtete, als bei der Zwangsvollstreckung eine durch Gesetz (nicht durch Instruktion) vorgeschriebene Zuziehung von Zeugen unterblieben war,[1]) bei dieser Sachlage also der Gesetzgeber, wollte er die Zuziehung von Zeugen nur instruktionell vorschreiben, einen dringenden Anlass gehabt hätte, eine Vorschrift des im § 679 (759) gegebenen Inhalts entweder den in Aussicht genommenen Dienstanweisungen zu überlassen, oder sie im Gesetze als instruktionell zu kennzeichnen."

Nehmen nun schon diese Ausführungen der angeführten Behauptung Olshausens jede Berechtigung, lassen sie bereits klar erkennen, dass das Reichsgericht auch in Gesetzen reglementäre, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Sinne des § 113 nicht berührende Formvorschriften als möglich zugibt, so wollen wir doch nicht versäumen, die

---

[1]) Dies ist also, wie Olshausen gegenüber zu bemerken ist, Ansicht der damaligen Rechtsprechung, die darum aber noch nicht in dieser allgemeinen Fassung vom Reichsgericht gebilligt wird, wie aus dem folgenden klar hervorgeht.

geradezu programmatische Erklärung zu erwähnen, die das Reichsgericht (wiederum I. Strafsenat) E. 17, 125 in dieser Frage abgibt: [1])

„Die Entscheidung, (ob die Rechtmässigkeit durch eine bestimmte Formvorschrift beeinflusst wird) kann nicht ausschliesslich und unbedingt darin gefunden werden, ob die Anordnungen in einem Gesetze oder in einer Ausführungsanordnung oder einer Instruktion für die ausführenden [2]) Beamten enthalten ist; auch in Gesetzen finden sich oft vielfache reglementäre Vorschriften, und wiederum können durch ein nur Normativbestimmungen enthaltendes und die nähere Ausführung derselben ausdrücklich weiterer Regulierung vorbehaltendes Gesetz auch wesentliche, für die Rechtsgültigkeit eines Aktes erhebliche, Formen desselben einer Dienstanweisung vorbehalten bleiben.“[3])

Wir wenden uns nunmehr zu dem wichtigsten Teil dieses mehr praktischen Abschnitts unserer Erörterung, zu den

3. sachlichen Voraussetzungen der Amtshandlung.

a) Vollstreckung nach Massgabe von Gesetzen.[4])

Wir haben die hierhin gehörige Entscheidung zum Teil schon in der Begriffsentwicklung der rechtmässigen Amtsausübung gegeben.

---

[1]) Sie wird von Olshausen a. a. O. den beiden vorgenannten Entscheidungen gegenübergestellt.

[2]) Wie bereits oben betont, kann hier nur eine gesetzergänzende Instruktion in Frage kommen; dies scheint aber nach dem folgenden auch Ansicht des Reichsgerichts zu sein (s. o. S. 74). Oppenhoff-Delius will freilich unter Bezugnahme auf obiges Erkenntnis auch einfachen Dienstanweisungen Massgeblichkeit zusprechen, sofern dies der Wille des Anordnenden ist.

[3]) Vergl. hierzu noch R.G. E. 25, 113:

„Das Fischereigesetz vom 30. Mai 1874 hat das Tragen des vorgeschriebenen Abzeichen nicht als eine notwendige Bedingung der Rechtmässigkeit der Amtsausübung aufgestellt.“

Nach der übereinstimmenden Vorschrift nämlich der vielen Verordnungen von 1887 betr. die Ausführung des Preuss. Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 (z. B. in der Provinz Schleswig-Holstein vom 8. August 1887 § 19, G.S. S. 376), die auf Grund der in § 22 des Fischereigesetzes enthaltenen Ermächtigung nach Anhörung des jeweiligen Provinziallandtages durch den König erlassen wurden, haben die mit der Handhabung der Fischereipolizei beauftragten Beamten bei Ausübung ihres Amtes die vorgeschriebene Uniform oder ein ihr Amt bezeichnendes metallenes Schild auf der Brust zu tragen. —

(Eine ähnlich lautende Entscheidung bezüglich § 89 Pr.St.G.B. hat auch das Obertribunal gefällt, siehe Oppenhoff, Rechtspr. XI, 563.)

[4]) Die im folgenden aufgestellten Grundsätze gelten, wie die Überschrift besagt,

Wenn das Gesetz das Vorhandensein bestimmter Tatsachen, bestimmter tatsächlicher Vorgänge zur Voraussetzung der von ihm angeordneten Vollstreckung macht,[1] so will es die Vollstreckung n u r b e i w i r k l i c h e m V o r l i e g e n dieser Voraussetzungen; nicht der gute Glaube des Beamten, nicht seine Pflichttreue kann ihr Fehlen ersetzen.[2])

Selbstverständlich müssen auch gerade diejenigen Voraussetzungen vorliegen, die das Gesetz wirklich festgelegt hat. Das Gesetz drückt sich zwar bei dieser Festlegung nicht immer völlig klar und verständlich aus; es ist bisweilen eine weitläufige Interpretation nötig, um den Willen des Gesetzgebers klarzustellen. Aber auch hierbei kann nicht die subjektive Ansicht und Auslegung des einzelnen Beamten entscheiden; denn — mag er sich auch noch so sehr bemüht haben, zu dem richtigen Interpretationsergebnis zu gelangen — wenn er den Gesetzesworten einen falschen Sinn unterlegt, so wird dieser darum noch nicht zur Überzeugung des Gesetzgebers. „Denn das objektiv Rechtswidrige kann durch die subjektive Ansicht des Handelnden nicht zu einem dem Recht entsprechenden werden. Der Beamte muss vielmehr das G e s e t z k e n n e n und ist nur innerhalb der Grenzen desselben zu einem Einschreiten befugt." So betont das Reichsgericht mit Recht in seinem Urteil vom 19. November 1894 (E. 26, 251). Massgebend für die amtliche Tätigkeit ist einzig und allein der wahre wirkliche Wille des Gesetzes. (Vergl. auch B i n d i n g , Lehrb. S. 769 4 b und die Betonung der Erheblichkeit jedes Rechtsirrtums in vielen weiteren Entscheidungen des R.G.

---

nicht nur für die im § 113 genannte Vollstreckung von Gesetzen", sondern für alle drei Vollstreckungsarten, s o w e i t n u r das Gesetz die vollstreckende Tätigkeit (deren Ausgangspunkt und Anlass eben Gesetz, Anordnung oder Urteil ist) im einzelnen geregelt und an sachliche Voraussetzungen irgend welcher Art (im Gegensatz zu blossen Formvorschriften) geknüpft hat.

[1]) Hierhin kann man auch, sofern man nicht diese Fälle unter „Förmlichkeiten der Handlung" einbeziehen will, die verschiedenen Erfordernisse der Urteilsvollstreckung rechnen, z. B. dass der Gerichtsschreiber eine Urteilsausfertigung mit der Vollstreckungsklausel (§ 725 C.P.O.), seiner Unterschrift und dem Gerichtssiegel versehen (vergl. dazu auch R.G. R. 4, 419) und zugestellt hat (R.G. E. 22, 229 und 16, 276): auch dass in dem zuzustellenden Urteil bezw. in der Vollstreckungsklausel die Personen, für und gegen welche die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, namentlich bezeichnet sind (vergl. dazu R.G. E. 26, 249), sowie dass eine dem § 753 C.P.O. entsprechende Beauftragung des Gerichtsvollziehers erfolgt ist.

[2]) So auch G u g g e n h e i m e r , Irrtum S. 10 und O p p e n h o f f - D e l i u s , Kommentar Anm. 11 zu § 113. E b e r h a r d S. 41 und 50.

z. B. E. 27, 153 betr. §§ 127, 161 St.P.O.; R. 10, 40 betr. § 127 St.P.O.; E. 6, 403; E. 16, 218 betr. § 758 C.P.O.) —

Das Reichsgericht steht überhaupt bezüglich der vorstehend behandelten sachlichen Voraussetzungen der Vollstreckung — deren objektives, wirkliches Vorliegen vom Gesetz zur Bedingung der Handlung gemacht ist — auf unserm Standpunkt. Es erkennt in E. 5, 297 ausdrücklich an, „dass die objektiv rechtswidrige Handlung eines Beamten der in § 113 St.G.B. bezeichneten Kategorien nicht dadurch zu einer rechtmässigen wird, dass der Beamte sie irrtümlicherweise dafür hält“, und bezieht sich zum Belege auf die Entscheidungen E. 2, 425 und 3, 19, in denen betont ist, dass „die Rechtmässigkeit der Amtsausübung objektiv eine Bedingung der Strafbarkeit des Widerstands und tätlichen Angriffs“ ist, dass also nur dann bestraft werden kann, wenn feststeht, dass „der Beamte nicht gesetzmässig handelte“.[1]) — Auch wird in E. 5, 297 wie in vielen der im folgenden Abschnitt zitierten Entscheidungen immer wieder hervorgehoben, dass pflichtmässiges Ermessen nur dort entscheidend sei, wo wirklich das Gesetz dem Beamten die m a s s g e b l i c h e P r ü f u n g zuweist, ob im konkreten Fall die bedingende Voraussetzung vorliege (d. h. in den im nächsten Abschnitt behandelten Tatbeständen).[2])

Immerhin dürfen wir aber nicht unterlassen, auf eine neuere Entscheidung des IV. Strafsenats (E. 30, 349) hinzuweisen, die sich mit dieser

---

[1]) Vergl. auch R.G. E. 32, 272, wo für die Statthaftigkeit einer vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 1 St.P.O., gegen die Widerstand geleistet war, ausdrücklich gefordert wird, dass „die Persönlichkeit des Angeklagten nicht oder wenigstens auf der Strasse nicht sofort festgestellt werden konnte“. (Hierzu weiter E. 34, 156), während in E. 27, 156 dieser Standpunkt (richtig!) dahin präzisert wird, (vergl. auch E. 27,199) dass ein „Irrtum über die einschlagenden tatsächlichen Verhältnisse, beispielsweise über die Beweiskraft der Legitimationsmittel“, die Rechtmässigkeit der Festnahme aus § 127 nicht beeinflusst, dass aber eine Festnahme ohne jede pflichtmässige Berücksichtigung der Legitimationsfrage schlechthin ungesetzlich ist (s. folgende Anmerkung). Die letztgenannte Entscheidung schliesst mit der Konstatierung: Das objektive Vorhandensein dieses Tatbestandsmerkmals (der Rechtmässigkeit) kann nicht durch den Glauben des Beamten, dass er innerhalb der Grenze seiner rechtlichen Befugnisse handele, ersetzt werden.

[2]) In E. 26, 250 scheint übrigens das Reichsgericht alle diejenigen Voraussetzungen, die für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung bedingend sind, als „f o r m a l e“ zu bezeichnen im Gegensatze zu den „t a t s ä c h l i c h e n“ Voraussetzungen, die vom Gesetz in das pflichtmässige Ermessen des Beamten gestellt sind (vergl. auch manche der im nächsten Abschnitte angegebenen Entscheidungen).

Praxis des Reichsgerichs in offenen Widerspruch setzt. Das Landgericht Kiel hatte in dem betr. Falle einfach unentschieden gelassen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen es dem Polizeisergeanten R. erlaubt war, die fragliche Vollstreckungshandlung vorzunehmen, wirklich vorgelegen hatten; es hatte sich mit der Feststellung begnügt, dass R. ohne Pflichtwidrigkeit angenommen habe, er sei mit Rücksicht auf die ganze Sachlage befugt, handelnd einzugreifen, denn für den Begriff der rechtmässigen Amtsausübung im Sinne des § 113 St.G.B. sei es ausreichend, wenn ein unmittelbar zur Vollstreckung von Gesetzen selbständig und aus eigener Initiative berufener Beamter die betreffende Amtshandlung auf Grund pflichtmässigen Ermessens vornehme. — Obgleich das Landgericht sich mit dieser Ausführung für die Auslegung des § 113 ganz auf den subjektiven Standpunkt des Beamten stellt, so rügt das reichsgerichtliche Erkenntnis doch bloss, dass das Urteil des Landgerichts nicht erkennen lasse, ob der Beamte etwa aus Unkenntnis oder infolge falscher Auffassung der für ihn massgebenden Vorschriften seine Befugnis zum amtlichen Einschreiten aus dem Vorliegen gewisser tatsächlicher Verhältnisse abgeleitet habe, die dasselbe gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigen vermögen — ein solcher Rechtsirrtum mache sein Vorgehen unrechtmässig; anders ein Irrtum betreffs des Vorhandenseins der tatsächlichen Voraussetzungen einer Vollstreckungsmassnahme: Habe der Beamte, wenngleich irrtümlich, konkrete Tatsachen als vorhanden angenommen, die, falls sie gegeben waren, sein Vorgehen als ein rechtmässiges erscheinen lassen konnten, so sei er auch in rechtmässiger Amtsausübung gewesen.

Mit dieser Behauptung gerät der IV. Strafsenat, wie schon gesagt, in einen merkwürdigen Widerspruch zu der konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts, die ein Irrtum über Tatsachen nur in ganz bestimmten, nunmehr zu besprechenden Fällen für unerheblich erklärt.

Der Wille des Gesetzes geht nämlich nicht immer darauf, dass gewisse tatsächliche Voraussetzungen wirklich vorliegen. In manchen Fällen stellt vielmehr das Gesetz die Vornahme der Vollstreckung in das Ermessen des Beamten. „Geeignetenfalls“ soll er handeln; wenn jemand eines Verbrechens „verdächtig“ erscheint, wenn der Täter in „Fluchtverdacht“ steht, soll er verhaftet werden; wenn

„Gefahr im Verzuge" ist, soll der Beamte in bestimmter Weise tätig werden.[1])

Es entsprechen diese Fälle ganz denen, die wir oben S. 69/70 behandelt haben. Dort sagte das Gesetz umgekehrt: Wenn die bestimmten Voraussetzungen vorliegen, soll der Beamte geeignete Massregeln ergreifen. Ebenso wie dort, appelliert auch hier das Gesetz an die Pflichttreue des Beamten. Denn das ist nicht mit den betreffenden Ausdrücken gemeint, dass immer schon dann, wenn der Beamte sich in „gutem Glauben" befindet, die betreffende Handlung vorgenommen werden soll; der „gute" Glaube muss sich vielmehr zu einem „pflichtmässigen" steigern. Man muss sagen können: Da der Beamte so viel von den vorliegenden Tatumständen kannte und jene (nicht vorhandenen) Tatumstände in schuldlosem Irrtum als vorhanden annahm, so durfte er, ohne Verschulden, die Voraussetzungen für sein Handeln als gegeben betrachten, also diese Vollstreckung vornehmen.[2])

Späterhin wird sich dann manchmal herausstellen, dass tatsächlich sein Handeln nicht am Platze war, dass z. B. der Fluchtverdacht in Wahrheit ganz unbegründet, Gefahr im Verzuge absolut nicht vorhanden war. Das hebt aber die Rechtmässigkeit der Amtsausübung nicht auf.[3])

---

[1]) Vergl. auch R.G. R. 6, 808, E. 4, 103, E. 35, 215 (betr. § 6 des Pr. Gesetzes vom 12. Februar 1851 zum Schutze der persönlichen Freiheit); E. 27, 153 (betr. §§ 127, 161 St.P.O.); E. 16, 218 (betr. § 758 C.P.O.). Obertribunal in Oppenhoff, Rechtsprechung XV 509, wo auch auf ein Erkenntnis des O.G.H. zu München vom 19. Jan. 1874 (Sammlung der Entscheid. dieses Gerichtshofs IV S. 34) verwiesen wird. O.L.G. Kiel, Urteil vom 27. November 1895, Schleswig-Holstein. Anzeigen Jahrgang 60, S. 76.

[2]) So auch v. Streit, Widersetzung S. 101/102, Olshausen, Ziff. 14 zu § 113, Eberhard a. a. O. S. 45. Erkenntnis des preuss. Obertribunals vom 28. November 1874 in Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft, N. F. Bd. 4 S. 278, R.G. E. 6, 403, 26, 26. Bezüglich Oppenhoff, der sich mit gutem Glauben des Beamten begnügt, vergl. Anm. 4 S. 50.

[3]) So lehrt auch das Reichsgericht (in E. 37, 37, ebenso E. 23, 334) für den Fall der Beschlagnahme nach § 98 St.P.O.: Der Vollstreckungsbeamte befindet sich in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes, wenn er die Sachlage dahin beurteilte, dass — im Sinne des § 98 St.P.O. — Gefahr im Verzuge lag. Ob nach Ansicht des später urteilenden Gerichts Gefahr im Verzuge gelegen hat, kann nicht entscheidend sein. (In beiden Entscheidungen ist freilich eine Betonung der Pflichtmässigkeit der angestellten Beurteilung zu vermissen.) — Wenn v. Kallina, Notwehr S. 57/58, annimmt wer nicht die pflichtmässige Prüfung stets entscheiden lasse, müsse in Fällen, wie die im Text genannten, das Gegenteil behaupten, nämlich, dass „jeder Unschuldige es mögen noch so viele Verdachtsmomente gegen ihn vorliegen, ein gegründetes Not-

Die Vollstreckung war dann zwar eine unrichtige (J o h n)[1]) oder, wie B i n d i n g (Lehrb. S. 770) sie besser bezeichnet, eine „unzutreffende", sie war aber keine unrechtmässige, denn sie war nicht durch das wirkliche Vorliegen der Voraussetzungen bedingt, sondern nur durch ihre auf Grund pflichtmässiger Prüfung erfolgte Annahme: „ihre Amtspflichtmässigkeit bedeutete somit zugleich ihre Gesetzlichkeit". (B i n d i n g a. a. O.)[2])

Dabei braucht aber nicht immer das Erfordernis der Amtspflichtmässigkeit so klar im Gesetz seinen Ausdruck gefunden zu haben, wie in den oben von uns gewählten Beispielen.[3]) Es genügt, dass das Gesetz die betreffende Bestimmung in diesem Sinne aufgefasst wissen will. So bestimmt z. B. § 126 Satz 3 des V.Z.G. vom 1. Juli 1868:

> „Der Beobachtung dieser (nach den Landesgesetzen für Haussuchungen im allgemeinen vorgeschriebenen) Förmlichkeiten bedarf es nicht, wenn a u f d e r T a t b e t r o f f e n e, von den Zollbeamten verfolgte Schleichhändler in Häusern, Scheunen u. s. w. einen Zufluchtsort suchen."

Zutreffend hat das Reichsgericht (E. 24, 219) dieser Bestimmung — allerdings ohne jede sachliche Begründung — die Auslegung gegeben, dass für die Entscheidung, ob der beobachtete und dann verfolgte Mensch wirklich schmuggeln wollte, also „auf der Tat betroffen" sei, allein die auf Grund pflichtmässiger Prüfung gewonnene Überzeugung des Beamten massgebend sei. Denn da der § 126 a. a. O. in seinem Satz 1 bestimmt:

> „Sind Gründe vorhanden, zu vermuten, dass irgend jemand im Grenzbezirke sich einer Übertretung der Zollgesetze schuldig gemacht habe u. s. w."

so will er in seinem Satz 3 offensichtlich den Fall regeln, in welchem nicht ein ganz ungewisser Verdacht besteht, sondern eine bestimmte Person von dem Beamten unter Umständen angetroffen wird, die mit Notwendigkeit auf einen Schmuggelversuch hinweisen.[4])

---

wehrrecht gegen das ihn in Haft nehmende Organ habe", so ist er damit im Irrtum. Von u n s e r m Standpunkt aus ist die obige Darlegung gewiss nicht inkonsequent.

[1]) In v. H o l t z e n d o r f f s Handbuch III 119.

[2]) Vergl. auch O p p e n h o f f - D e l i u s, 12 zu § 113.

[3]) Vergl. z. B. auch R.G. R. 8, 390, E. 27, 198; Obertribunal, O p p e n h o f f, Rechtspr. XIV 51.

[4]) In demselben Sinne ist auch die im § 104 Abs. 1 St.P.O. gebrauchte Wendung „bei Verfolgung auf frischer Tat" auszulegen; zweifelhaft kann dagegen ihre Auslegung im § 127 Abs. 1 eod. sein. Das Reichsgericht scheint in dem R. 6, 731 behandel-

Andererseits ist nun aber zu betonen, dass bei zweifelhafter Ausdrucksweise des Gesetzes nur gewichtige Gründe den Interpreten veranlassen dürfen, die Vollstreckung als in das pflichtmässige Ermessen des Beamten gestellt anzusehen. Denn dass das Gesetz, wenn es bestimmte Voraussetzungen für die Amtsausübung benennt, die Vornahme der Handlung durch ihr Vorliegen, nicht bloss durch die pflichtmässige Annahme bedingen will, bleibt immerhin die Regel und entspricht auch viel mehr dem Charakter des Gesetzes, welches doch im allgemeinen feste, unverrückbare Regeln und Grenzen menschlichen Handelns schaffen soll.

Dies ist von der Praxis nicht immer genügend beachtet. So hat z. B. das Reichsgericht (E. 5, 210, und ebenso R. 3, 228 und E. 19, 164) die zahlreichen Einzelbestimmungen des § 811 (früher 715) C.P.O., welche eine Reihe von Gegenständen der Pfändung entziehen, sobald sie zu einem bestimmten Zwecke „erforderlich" oder gar „unentbehrlich" sind, in nicht zu billigender Weise interpretiert.[1])

Wir gehen im folgenden auf diese Entscheidungen näher ein, weil § 811 eine so grosse Bedeutung für die Praxis der Zwangsvollstreckung besitzt; auch lassen sich an ihm besonders gut die Grundzüge unserer Ansicht darlegen.

Das Reichsgericht meint, die Beurteilung der Unentbehrlichkeit eines Gegenstandes liege ganz beim Beamten; habe er in sachlicher

---

ten Falle das entscheidende Gewicht darauf zu legen, dass der Angeklagte wirklich den Diebstahl begangen hatte. (Ähnlich R. 10, 40.) Soviel ist hieran richtig, dass es nach dem aus Abs. 2 eod. zu entnehmenden Willen des Gesetzes anscheinend nicht genügen soll, wenn nur „dringende Verdachtsgründe" (§ 112 St.P.O.) vorliegen. Immerhin wird man im § 127 schon dann von einem „auf frischer Tat betroffen oder verfolgt werden" sprechen können, wenn der Feststellende nach dem, was er von dem Tun des Verdächtigen mit eigenen Augen sieht, garnicht im Zweifel sein kann, dass dieser wirklich der Täter des Delikts ist. Vergl. zu Vorstehendem auch noch § 10 des Ges. vom 12. Februar 1850, der, ähnlich wie § 104, ausnahmsweise ein Eindringen in die Wohnung zur Nachtzeit erlaubt zum Zweck der vorläufigen Ergreifung und Festnahme einer Person, welche bei Ausführung einer strafbaren Handlung oder gleich nach derselben verfolgt werden. (R.G. E. 1, 94.)

[1]) Vergl. auch die Entscheidung des Obertribunals (Oppenhoff, Rechtspr. XII 525), welches allerdings den Standpunkt dieses Gerichts nicht zweifelsfrei erkennen lässt. (Es ist hier nämlich nur der Fall behandelt, dass der Exekutor wissentlich pfandfreie Gegenstände pfändet, — eine Streitfrage entsteht aber erst bei Irrtum des pfändenden Beamten.) Unserer Ansicht ist dagegen Oppenhoff-Delius, Kommentar 11 zu § 113.

Prüfung der Verhältnisse eine Entscheidung getroffen, habe er nicht frivol oder gar absichtlich von jeder Pfändung abgesehen, so sei er bei der Pfändung in rechtmässiger Amtsausübung gewesen, selbst wenn nach der Sachlage die Prüfung eine eingehendere hätte sein sollen.

Es muss in diesem Urteil schon die geringe Betonung der Pflichtmässigkeit des Ermessens befremden.[1]) Aber auch im ganzen ist die Begründung durchaus verfehlt. Ganz augenscheinlich geht doch die Bestimmung des § 811 von dem Gedanken aus, es sollen dem Schuldner nicht die allernotwendigsten Existenzmittel genommen werden, denn die im privaten Interesse erfolgende Zwangsvollstreckung darf nicht bis zur völligen Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit eines Staatsbürgers führen;[2]) deshalb soll ihm wenigstens dasjenige erhalten bleiben, was ihm zum Lebensunterhalt, zur Fortführung des Haushalts, des Geschäfts u. s. w. erforderlich bezw. unbedingt nötig ist. Kann nun aber diese ultima ratio, dieses unerbittlich karge Mindestmass [3]) noch obendrein von dem Ermessen des Beamten abhängen? Gewiss sind „erforderlich" und „unentbehrlich" relative Begriffe, deren Inhalt sich nicht immer ganz unzweifelhaft und in allseitiger Übereinstimmung begrenzen lässt, zumal schon der Unterschied beider Begriffe eine für die Praxis viel zu feine Nuancierung enthält.[4]) Aber lässt sich daraus das Recht herleiten, die Relativität bis zur Subjektivität zu steigern und das geschieht doch, wenn man dem Vollstreckungsbeamten „die Befugnis und die Verpflichtung zuweist, über die Erforderlichkeit bezw. Unentbehrlichkeit nach seinem pflichtmässigen Ermessen eine Entscheidung zu treffen." (R.G. E. 5, 210.) Der Beamte kennt nicht immer alle vorliegenden Tatumstände,[5]) er erlangt oft, selbst bei pflichtmässiger Prüfung,

---

[1]) Dies wird auch von Binding, Lehrb. S. 769 Anm. 9 gerügt.— Den gleichen Vorwurf trifft auch die oben zitierte E. 19, 164.

[2]) Vergl. dazu auch Stein, C.P.O. II Anm. 1 zu § 811, Fuld, Gruchots Beitr. 36, 248, Verhandlungen des 22. D. Jur. T. 1, 240 ff., 2, 29 f., sowie die Resolution des Reichstags, Stenogr. Ber. 1895/97 S. 3100.

[3]) In der Kommission zur Beratung der Novelle (vom 17. Mai 1898) war bekanntlich beantragt, Sachen im Werte von 800 Mark stets der Pfändung zu entziehen (siehe dazu Kommissionsbericht zur Novelle S. 197 und Stenogr. Ber. des Reichstags 1897/98 S. 381, 2137).

[4]) Vergl. Stein, C.P.O. II Anm. 1 zu § 811.

[5]) Zumal, wenn das Reichsgericht sich mit „einer ungenauen und deshalb ungenügenden Informierung über die Verhältnisse des Schuldners" auf seiten des Beamten begnügen will (E. 19, 165).

eine falsche Auffassung von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners. Und wenn er auch von vornherein diese genau zu kennen annimmt, so täuschen ihn doch oft genug subjektive Erwägungen: [1]) Er hat vielleicht kurze Zeit vorher noch grössere Vorräte an Nahrungs-, Feuerungs- und Beleuchtungsmitteln etc. bei dem Schuldner gesehen; jetzt bei der Pfändung findet er sie nicht mehr; er nimmt daher an, zumal er den betrügerischen Charakter des Schuldners kennt, dass dieser die genannten Vorräte nur versteckt hat, dass sie also zur Verfügung des Schuldners stehen. Nun ist dies aber nicht der Fall; es ist z. B. bereits vorher eine umfangreiche Pfändung zu gunsten eines anderen Gläubigers vorgenommen. Wenn der Gerichtsvollzieher nun trotzdem zur Pfändung schreitet, — sind deshalb die letzten Nahrungsmittel, die letzte Lampe, das letzte armselige Schlafgestell für den Schuldner nicht erforderlich, sind sie ihm entbehrlich? Dadurch, dass der Beamte sie dafür erklärt, werden sie es gewiss nicht! Man wende nicht ein, dies seien gerade die krassesten, extremsten Fälle. Es handelt sich eben nur um das Prinzip, was für die Unentbehrlichkeit massgebend ist: Sachliche Beurteilung oder das Ermessen des Beamten. Seine Beurteilung wird sich darnach richten, wieviel ihm von den tatsächlichen Verhältnissen bekannt ist. Die wirkliche Unentbehrlichkeit kann nur eine gewissenhafte Prüfung bei Kenntnis aller Tatumstände offenbaren; dabei wird aber die Entscheidung in der Regel in einem ganz bestimmten Sinne ausfallen, es wird sich im allgemeinen eine gleichmässige, annähernd absolute Beurteilung erzielen lassen.[2])

---

[1]) Hierfür bietet auch R.G. E. 5, 296 einen treffenden Beleg. Es heisst dort im Tatbestand wörtlich: „Das (zu pfändende) Geld war Eigentum der L., stand auch wirklich in ihrer ausschliesslichen tatsächlichen Innehabung; der Gerichtsvollzieher hatte jedoch mit Rücksicht auf frühere Vorgänge damals Grund, der Behauptung der L., sie sei Eigentümerin und Besitzerin des Geldes, zu misstrauen."

[2]) Und deshalb wird in der Regel auch der Beamte, vorausgesetzt, dass ihm alle Tatumstände bekannt sind, ebenso wie meist der Schuldner selbst, zu dieser Beurteilung gelangen. Befindet er sich aber betreffs des Vorliegens von Tatumständen in einem Irrtum, so ist er eben in derselben Lage, wie wenn er auch sonst die tatsächlichen Verhältnisse irrtümlich auffasst und so Voraussetzungen annimmt, die in Wahrheit nicht vorliegen, durch deren Vorliegen aber das Gesetz die Amtshandlung bedingt hat (s. o. S. 84). Der Vorwurf des Reichsgerichts also (E. 5, 210), dass unsere Auffassung „die Rechtmässigkeit der Amtshandlung in allen bezüglichen Fällen von vornherein in Frage stelle", trifft nur insofern zu, als er auch für die letzteren Fälle gilt. In diesen aber verlangt auch das Reichsgericht (vergl. E. 2, 425 und oben S. 85 der Abhandlung) wirkliches, objektives Vorhandensein der Voraussetzungen.

Doch gehen wir nun auf den Wortlaut des Gesetzes zurück! Woraus schliesst das Reichsgericht auf die Richtigkeit seiner Auslegung? Der § 811 sagt nicht: Der Beamte hat nur diejenigen Gegenstände zu pfänden, die ihm entbehrlich zu sein scheinen, er sagt: Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

1. Kleidungsstücke ...., soweit diese Gegenstände unentbehrlich sind,

u. s. w.

Da steht nichts, was auf das Erfordernis bloss amtspflichtmässiger Annahme der Unentbehrlichkeit hindeuten könnte. Aber auch der Charakter des ganzen Instituts der Pfändung oder die Stellung des Gerichtsvollziehers zwingt zu einer solchen Auslegung nicht. Der Schuldner ist doch wegen seiner mangelnden Zahlungswilligkeit bezw. -fähigkeit nicht vogelfrei! Gewiss ist es für den Gerichtsvollzieher günstiger, wenn er, wie gewöhnlich, so auch in diesem Punkt selbst entscheiden darf, was er pfänden kann und was nicht. Aber dieses freie Ermessen muss doch immer seine Berechtigung im Gesetze selbst haben. Gerade aber der kategorische Wortlaut der Bestimmung, welcher dem aus der Entstehungsgeschichte erweisbaren, sozialpolitischen Charakter der Vorschrift so gut entspricht, lässt erkennen, dass hier dem subjektiven Zweckmässigkeitsgefühl des Beamten eine möglichst objektive Grenze gezogen werden sollte, eine Grenze, deren Nichtbeobachtung der Schuldner als Verletzung einer gesetzlichen Garantie betrachten darf. Dieser Charakter des § 811 — das werden auch die Anhänger des Reichsgerichts nicht leugnen — geht aber völlig verloren, wenn die Frage, was entbehrlich, was unentbehrlich ist, nicht nach den wirklichen Verhältnissen des Schuldners, sondern nach dem Ermessen des Beamten beantwortet werden soll. Man sucht vergeblich, diese Feststellung durch den Hinweis zu beseitigen, dass die Entscheidung des Beamten nur für den Pfändungsakt selbst gilt, dass der Schuldner nachträglich immer wieder mit Hilfe des § 766 C.P.O. seine Sachen aus dem Pfandnexus befreien kann. Der § 766 behält auch bei unserer Auslegung für den § 811 noch eine grosse Bedeutung; denken wir nur an den Fall, wo in Abwesenheit des Schuldners oder trotz seines Widerstrebens nach § 811 unpfändbare Gegenstände gepfändet werden. Aber es handelt sich eben um die dem § 811 zu Grunde liegende Idee, welche aus dem Wortlaut wie aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen klar hervorgeht: Der § 811 enthält Fälle genereller Unpfändbarkeit, deren Vorliegen zwar nur relativ be-

stimmbar, aber darum doch nicht in das subjektive Ermessen des Beamten gestellt ist.[1])

b) Vollstreckung nach Massgabe einer Anordnung.

Unter dieser Rubrik fassen wir alle jene Vollstreckungshandlungen zusammen, welche in ihrer Veranlassung, wie in ihrem Inhalte nicht unmittelbar auf ein Gesetz, sondern vielmehr auf die Anordnung irgend einer Behörde, sei es Collegial- oder Einzelbehörde, irgend eines Beamten zurückgehen, und zwar nur, soweit sie darauf zurückgehen. Denn auch die Vollstreckung auf Grund einer Anordnung ist in ihrer Ausführung oft durch gesetzliche Formvorschriften geregelt,[2]) oder es ist dem ausführenden Beamten durch das Gesetz sogar ein gewisses Ermessen gelassen bezw. bindend vorgeschrieben, wie geartete Massregeln er zur Durchführung der Vollstreckung ergreifen darf oder ergreifen muss. Insoweit unterfällt natürlich die Vollstreckung — das haben wir schon oben (S. 83 Anm. 4) betont — uneingeschränkt den im vorigen Abschnitt aufgestellten Grundsätzen, denn insoweit ist sie eben eine Vollstreckung nach Massgabe von Gesetzen.[3]) Hier kann uns also nur noch die un-

[1]) Ebensowenig unterliegt auch die Frage, ob eine Sache sich im „Gewahrsam" des Schuldners befindet und deshalb ohne weiteres gepfändet werden darf (§§ 808, 809, 930 C.P.O.), dem Ermessen des Beamten. Es kann deshalb im wesentlichen wiederum aus den oben dargebrachten Gründen, auch dem Erkenntnis R.G. E. 5,296 ff. (sowie E. 19,70 und R. 2,238) nicht beigetreten werden. Auch hier ist Oppenhoff-Delius, Kommentar 11 zu § 113 unserer Ansicht.

[2]) Vergl. besonders die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher. (Die Stellung des Gerichtsvollziehers, seine Gebundenheit an die gesetzlichen Vorschriften trotz des Mandatsverhältnisses, in welchem er zum Gläubiger steht, ist ausführlich dargestellt in der Plenarentscheidung der vereinigten Zivilsenate E. Z. 16,396 ff.; besonders S. 401.)

[3]) In diesem Sinne entscheidet auch das Pr. Obertribunal in seinem Erkenntnis vom 31. Januar 1872 (Oppenhoff, Rechtspr. XIII S. 104), dass es für die Anwendung des § 113 nicht schon genüge, wenn der betr. Beamte in sachlicher und örtlicher Beziehung zur Ausführung seines Auftrags befugt gewesen sei, er müsse vielmehr bei der Erledigung des ihm gewordenen Befehls auch diejenigen gesetzlichen Vorschriften beobachten, welche für den jedesmal vorliegenden Fall massgebend seien (vergl. auch Oppenhoff, Rechtspr. XIV 627 ff.); und in einem späteren Erkenntnis (Oppenhoff, Rechtspr. XVII 515) betont es noch speziell, dass der eine Anordnung vollstreckende Beamte „verpflichtet ist, auch die für die Form der Vollstreckung gegebenen wesentlichen Vorschriften zu beobachten". Auf demselben Standpunkt steht das Reichsgericht in E. 1, 353, 3, 188 und 24, 390.

mittelbare Beziehung der vollstreckenden Tätigkeit zur Anordnung interessieren, kurz die Frage: Genügt es für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, dass die Vollstreckung, soweit sie sich auf die Tatsache einer Anordnung stützt, dieser Anordnung entspricht [1]) oder muss auch weiter die Anordnung selbst eine dem Gesetz entsprechende sein.[2])

Die ganze Schwierigkeit dieser Frage, welche sie zur meistumstrittenen unserer vorliegenden Untersuchung gemacht hat, zeigt sich sofort, wenn wir uns die der Frage zu Grunde liegende praktische Situation vor Augen halten. —

Ein Beamter erhält den Befehl zu einer absolut gesetzwidrigen Vollstreckung und schreitet zu seiner Ausführung. Er ahnt nichts von dem gesetzwidrigen Charakter der Anordnung. Sein Streben ist nur darauf gerichtet, seiner Pflicht treu nachzukommen, und diese Pflicht besteht darin, die Aufträge seines Vorgesetzten pünktlich, genau und unter Einhaltung der vorhandenen Formvorschriften auszuführen. Nicht selbständig ermessen soll er, ob eine Vollstreckung am Platze ist, sondern nur Tag für Tag tun, was vorgeschrieben wird. Und diesen

---

[1]) Hierfür entscheiden sich: Bolze, Goltd. Arch. 23. Borchardt, Voraussetzungen S. 60/61, S. 392, 394. v. Calker, Verantwortlichkeit S. 44. Freund (Arch. f. öff. R. I S. 133), der davon ausgeht (S. 126 a. a. O.), dass das Beamtenschutzgesetz des § 113 R.St.G.B. und das die Verantwortlichkeit des Beamten regelnde Reichsbeamtengesetz (§§ 10, 13) auf demselben Prinzipe beruhe. Hälschner, Strafrecht 2, 810 f. Hiller, Rechtmässigkeit S. 81 f. v. Kallina, Notwehr S. 60 ff. Kleinfeller, Amtsrechte S. 289. v. Liszt, Lehrb.[6] S. 171. S. 555 und § 35 I S. 153. Lucas, Strafrechtl. Praxis Teil II S. 252. Meves. Die Strafgesetznovelle, 1876, 4, 1 und in v. Holtzendorffs Handbuch 4, 309 Pfeiffer, Beiträge S. 40 ff. Rüdorff, St.G.B. (4. Aufl. herausgegeben von Stenglein 1892) No. 8 und R.G. E. 1,132, 2,411, 32,101, R. 7,280; Obertribunal in zahlreichen Entscheidungen (Oppenhoff, Rechtspr. VII 788, XII 569/570, 469 (III 224), XIII 53, 216, 203, XV 197, 227/228, 494, 587, XVI 388, 578, XVII 419, 787, 814.

[2]) So Allfeld, Lehrb. S. 547. Binding, Lehrb. S. 771 f. Eberhard (Diss. Tübingen 1897), S. 49 f. Frank, Anm. III 2 zu § 113. Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gem. Deutsches Strafrecht (1885) Bd. 2, 138 und in v. Holtzendorffs Handbuch II S. 353. Guggenheimer, Irrtum S. 9. John, in v. Holtzendorffs Handbuch 3, 119 und 122. v. Kirchenheim, Gerichtssaal XXX 195. Max Ernst Mayer, Widerstand S. 447. Derselbe, Befehl S. 121. Hugo Meyer, Lehrb. (5. Aufl.) 1895, S. 649. Neumann, Goltd. Arch. 22, 223. Olshausen, Anm. 15 a zu § 113. Oppenhoff (Aufl. 3) Anm. 15 zu § 113. Oppenhoff-Delius, No. 13 zu § 113. v. Streit, Widersetzung S.100.

pflichttreuen Beamten sollte das Gesetz in der Wahrnehmung seines Berufes nicht schützen?

Aber auch wenn das Gesetz vom Beamten nicht gerade unbedingten Gehorsam gegen den Vorgesetzten verlangt, wenn es ihn, wie z. B. den Reichsbeamten, für die Gesetzmässigkeit seines Handelns verantwortlich macht und zu gewissenhafter Prüfung des erteilten Befehls verbindet, so ändert dies doch in der Sache nur wenig. Dem Unterbeamten sind die in Frage stehenden Verhältnisse meist ganz unbekannt. Er kennt weder die Umstände, die zur Anordnung der Vollstreckung geführt haben, noch den Charakter des von der Vollstreckung Betroffenen. Wohl aber weiss er, dass er sich den Unannehmlichkeiten eines Disziplinarverfahrens, ja, der Gefahr einer Amtsenthebung aussetzt, wenn er die sofortige Durchführung der Vollstreckung verweigern und erst eingehende Ermittelungen darüber anstellen wollte, ob die angeordnete Massnahme auch gerechtfertigt ist. So wird denn auch bei diesen Beamten die verlangte pflichtmässige Prüfung der Gesetzlichkeit meist nur eine oberflächliche, objektiv ganz ungenügende sein können. Denn — das ist nicht zu übersehen — pünktliche, schleunige Erledigung des erhaltenen Auftrags ist auch für diese Gattung von Beamten oberste Pflicht. Nur, wenn sie die Ungesetzlichkeit der getroffenen Anordnung klar und ohne Zweifel erkennen, dürfen und müssen sie die Ausführungen verweigern.

Trotz dieser pflichtmässigen Ausführung bleibt aber jedenfalls inhaltlich die Massnahme eine dem Gesetz widersprechende. Wie die angeordnete Vollstreckung eine grobe Ungesetzlichkeit, ein schweres Unrecht gegen den von ihr Betroffenen enthielt, so auch die ausgeführte. — Und so lautet denn die zu beantwortende Frage: Wann ist die Tätigkeit des Unterbeamten als eine rechtmässige im Sinne des § 113 zu bezeichnen? Ist hierfür ausschlaggebend der ungesetzliche Inhalt der Vollstreckung oder die pflichtentsprechende Vornahme durch den Beamten? [1])

Beide Gesichtspunkte haben etwas ungemein Berückendes; die Wahl zwischen ihnen ist, auch nach den bisher vertretenen Grundsätzen,

[1]) In den Landesstrafgesetzbüchern der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts (siehe oben im geschichtlichen Teil der Abhandlung) wurde häufig ausdrücklich unterschieden zwischen dem Widerstand gegen die Obrigkeit selbst und gegen die mit Vollziehung einer obrigkeitlichen Anordnung beauftragten untergeordneten

nicht ohne weiteres klar, und so ist es nicht zu verwundern, dass selbst von denen, die, im ganzen wenigstens, unserer bisher dargelegten Ansicht beipflichten, zur Entdeckung eines Anhaltspunktes für die Entscheidung die verschiedensten Wege eingeschlagen sind.

Am bemerkenswertesten in dieser Hinsicht sind die Ausführungen von v. Kirchenheim (G.S. XXX (1878) S. 172—206) und v. Binding (Lehrb. S. 771—773).[1])

v. Kirchenheim, der zuerst die Bedeutung der Frage nach der „Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten“ [2]) erkannte und diese Frage in einer besonderen Abhandlung einer eingehenden Erörterung unterwarf, geht aus von der Stellung des § 113 im Strafgesetzbuch. Der Paragraph steht im Abschnitte über den „Widerstand gegen die Staatsgewalt“: Also nur Glieder der Staatsgewalt kommen als Objekte des strafbaren Widerstands in Frage. Staatsgewalt ist die Gesamtheit der Tatkraft aller Organe als Einheit gedacht. Glieder der Staatsgewalt sind die einzelnen Willensakte und wollenden Einzelwesen, welche diese Tatkraft zum Ausdruck gelangen lassen, welche in ihrer äusseren Erscheinung den Willen des Staates in den ihnen zugewiesenen Gebieten verkörpern. Es kommen in Betracht: vorgesetzte Behörde, Anordnung und vollstreckender Beamter. Nur von letzterem allein redet § 113, aber doch nur scheinbar. Denn der vollstreckende Beamte ist nur eine Erscheinung der Staatsgewalt, mit welcher das Wesen derselben untrennbar verknüpft ist. Wenn deshalb das Gesetz vom Vollstreckungsbeamten und seiner Amtsausübung spricht, so meint es damit

---

Diener der Obrigkeit. So noch das österr. Strafgesetz von 1852, § 81: „Wenn jemand sich einer obrigkeitlichen Person, einem Beamten...... in Vollziehung eines obrigkeitlichen Auftrags oder in der Ausübung ihres Amtes oder Dienstes.... widersetzt.“ Diese Trennung, die schon im § 89 des Pr.St.G.B. aufgegeben war, ist in das R.St.G.B. nicht übergegangen.

[1]) Auf die Praxis des Reichsgerichts, die wir bisher ebenfalls im ganzen mit unsern Grundsätzen im Einklang fanden, gehen wir unten bei Darlegung unserer eigenen Konstruktion näher ein, wie wir dort auch diejenigen Autoren besonders berücksichtigen werden, die schon in den bisher berührten Punkten eine von die unsrigen abweichende Absicht aufgestellt haben. (Es sind zum grössten Teil der S. 94 Anm. 1 aufgezählten Autoren.)

[2]) So lautet der Titel seines Aufsatzes.

die Staatsgewalt und ihre Betätigung in der Gesamtheit der begrifflichen Bestandteile d. h. „nicht die Ursache, die Anordnung allein, nicht die Wirkung, die Vollstreckung allein, sondern das ganze Verhältnis dieser beiden in seiner Einheit". „Anordnung und Vollstreckung sind nur die einzelnen Faktoren, welche das Produkt „Amtsausübung" ergeben." Da nun das Erfordernis der Rechtmässigkeit als ein einheitliches Moment im Tatbestand der Widersetzung steht, so muss auch jedes der vorgenannten Bestandteile dasjenige Merkmal an sich tragen, welches vom Gegner gefordert wird: Anordnung wie Ausführung müssen rechtmässig sein, damit eine rechtmässige „Amtsausübung" zustande kommt. — — So sehr wir auch die Anregung, welche von den Ausführungen v. Kirchheims für die hier streitigen Fragen ausgegangen ist, anerkennen, so erscheint uns doch eine solche Auslegung in offenem Widerspruch mit dem Gesetz zu stehen.

v. Kirchenheim baut seine ganze Konstruktion auf den einen Satz: „Objekt des Vergehens ist nicht der Beamte als einzelner, sondern die Staatsgewalt als Ganzes". Die einzige Begründung aber, die er für diese seine Behauptung anführt, besteht in dem Hinweis auf die Stellung des § 113 im Abschnitt „Widerstand gegen die Staatsgewalt". Auf S. 186 a. a. O. scheint er uns allerdings eine nähere Begründung oder Ausführung im weiteren Verlauf der Erörterung versprechen zu wollen. Aber die Erfüllung dieses Versprechens bleibt er uns schuldig. Selbst auf S. 191, wo er die einzelnen Konsequenzen des oben genannten Satzes zieht, begnügt er sich mit einer erneuten Konstatierung desselben.

Ist nun dieser Satz wirklich eine so unumstössliche Wahrheit? — Wir müssen die Frage verneinen. Nicht die Staatsgewalt ist nach § 113 Objekt des Widerstandes, sondern einzig der Beamte und seine Amtsausübung, also hier der Unterbeamte und die von ihm ausgeführte Vollstreckung. Gewiss, — das haben wir schon früher betont — kommt der Beamte für den § 113 nur in Betracht als Organ der Staatsgewalt, als solches von ihr anerkannt und geachtet. Hierfür spricht auch in beredter Weise die Stellung des § 113 im Abschnitt „Widerstand gegen die Staatsgewalt". Aber darum kann man noch nicht Beamter und Staatsgewalt, Amtsausübung und Betätigung der Staatsgewalt gleichsetzen. Nur soviel vermag uns die Stellung des Paragraphen zu sagen, dass der Beamte, wenn er sich in rechtmässiger Amtsausübung befindet, als Organ der Staatsgewalt anerkannt wird, der Widerstand gegen ihn als „Widerstand

gegen die Staatsgewalt" bestraft werden soll. W a n n aber dieser Fall vorliegt, das steht eben zur Untersuchung. Auch die früheren Fassungen des Paragraphen „während einer innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlung" oder gar „während der Vornahme einer Amtshandlung" fanden sich in Abschnitten mit der Überschrift „Widerstand gegen die Staatsgewalt".[1]) Hätte aber auch v. K i r c h e n h e i m in gleicher Weise deduziert wie bezüglich des jetzigen § 113? Gewiss nicht. Denn in diesen Fassungen hatte eben das Gesetz zum Ausdruck gebracht, dass schon der Beamte als solcher oder der bloss zuständige Beamte in seiner Amtsausübung als Repräsentant der Staatsgewalt anzuerkennen sei. Wenn also jetzt das Gesetz „rechtmässige Ausübung seines Amtes" verlangt, so muss doch auch hier die Prüfung sich in derselben Richtung bewegen, nämlich, ob das Gesetz eine Tätigkeit erfordert, welche w i r k l i c h und ganz objektiv der verkörperte Wille der Staatsgewalt i s t oder ob es auf das menschliche Unvermögen seiner Beamten Rücksicht genommen hat und deshalb in dem „rechtmässig" für die Amtsausübung ein minus verlangt.

Mit der Beseitigung des Fundamentes aber fällt konsequenterweise die ganze darauf aufgebaute Konstruktion v. K i r c h e n h e i m s in sich zusammen. Denn nun haben wir nicht mehr eine idealisierende Auslegung der Gesetzesworte, jetzt bleibt nur der einfache Wortlaut des Gesetzes, welcher lediglich von der Amtsausübung des vollstreckenden Beamten" redet. Allerdings vollstreckt der Beamte eine Anordnung. Aber diese derart in den Begriff „Amtsausübung" hineinziehen, wie v. K i r c h e n h e i m will, sodass Anordnung und Vollstreckung „die einzelnen Faktoren sind, welche das Produkt „Amtsausübung" ergeben", ist sprachwidrig. Das Verhältnis ist doch augenscheinlich so: Die Anordnung ist das Objekt der Tätigkeit, die Vollstreckung aber die Tätigkeit, die Amtsausübung selbst. Nur von letzterer, von der Tätigkeit des vollstreckenden Beamten, wird im § 113 Rechtmässigkeit erfordert, denn nur von ihr ist im Paragraphen die Rede. Allerdings denken wir bei „rechtmässiger Ausübung seines Amtes" unwillkürlich neben dem

---

[1]) Der Titel ist aus dem Pr.St.G.B. von 1851 übernommen (siehe dort Teil II Titel V), und in dessen Vorarbeiten findet er sich zum erstenmal in dem preussischen Strafgesetzentwurf von 1850, während der Entwurf von 1847 eine Reihe der einschlägigen Bestimmungen in den Titel: „Verbrechen gegen die öffentliche Ordnung und das obrigkeitliche Ansehen" verwiesen hatte. (Vergl. dazu auch B e s e l e r, Kommentar zum Pr. St.G.B. Teil II Tit. V S. 251 und Teil I S. 22 unserer Abhandlung.)

Tätigwerden als solchem auch den Inhalt der Vollstreckung mit. Hierauf werden wir später noch zurückkommen. Aber damit machen wir noch keineswegs auch die Anordnung zum Bestandteil der „Amtsausübung". Der Unterschied ist klar: v. Kirchenheim erkennt rechtmässige Amtsausübung für den § 113 nur dann an, wenn rechtmässige Betätigung der Staatsgewalt vorliegt; das ist natürlich nur der Fall, wenn Vollstreckung und Anordnung rechtmässig sind; — wir dagegen wollen nur die Tätigkeit des vollstreckenden Beamten untersuchen, aber diese auch ganz, d. h. was er tut und wie er es tut; für uns bleibt also bei der Prüfung der Rechtmässigkeit immer noch die Frage: Muss der Inhalt der Vollstreckung (was der Vollstreckende tut) bloss der Anordnung als solcher entsprechen oder auch dem Gesetz, d. h. einer gesetzentsprechenden Anordnung?

Diesen schweren Bedenken, welche gegen die Ausführungen v. Kirchenheims geltend zu machen sind, hat sich offenbar auch Binding nicht verschliessen können. Er muss zugeben, dass nach § 113 nur die Tätigkeit des vollstreckenden Beamten das Objekt strafbaren Widerstandes bildet. So versucht er denn von einem anderen Gesichtspunkt aus diese Vollstreckungshandlung an der Rechtswidrigkeit (bezw. Rechtmässigkeit) der veranlassenden Anordnung gleichsam teilnehmen zu lassen.[1])

Er geht aus von dem Falle, dass der anordnende Beamte durch den Erlass der Anordnung ein Delikt bezweckt, etwa einen Haftbefehl absichtlich auf den Namen des Bruders des zu Verhaftenden ausstellt. Wenn nun auch der Unterbeamte diese Anordnung, also das Delikt, zur Ausführung bringt, weil er unbedingt zu gehorchen hat, oder weil er wenigstens trotz pflichtmässiger Prüfung der Gesetzmässigkeit den deliktischen Charakter der Anordnung nicht entdeckt hat, so kann er doch nicht als Täter des durch ihn verwirklichten Delikts zur Verantwortung gezogen werden. Den Grund dieser Unverantwortlichkeit sieht Binding in der Unselbständigkeit der Handlung des Vollstreckenden: „Was er tut, ist garnicht seine Handlung. Nur darin, wie er es

---

[1]) Vergl. Lehrb. S. 771 ff., in seinem Handbuch I S. 743 hatte Binding dagegen die Auffassung vertreten, dass der Beauftragte, weil an seinen Auftrag gebunden, in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes begriffen sei, da aber sein Angriff für den Betroffenen immerhin eine Widerrechtlichkeit bleibe, so sei letzterem durch § 53 das Notwehrrecht dagegen eingeräumt (s. o. S. 40).

tut, kann seine Individualität zur Geltung kommen. Im übrigen gelangt nicht sein individueller Wille durch sie zur Verwirklichung, sondern er ist nur handlungsfähiges Werkzeug zur Ausübung eines bindenden Befehls. Was er tut, ist nur Ausführung des Willens des Befehlenden und wird zum unselbständigen Bestandteil von dessen Verhalten. Wenn also der zur Ausführung kommende Befehl inhaltlich dem Gesetze zuwiderläuft, so wird die amtspflichtmässige Handlung des Untergebenen Bestandteil des Deliktes des Vorgesetzten wider den exequendus": Von Rechtmässigkeit kann also auch bei ihr nicht die Rede sein.[1])

Wir halten diese Deduktion Bindings für verfehlt. Die Begründung, die er für die Unverantwortlichkeit des Unterbeamten anführt, ist sachlich nicht neu. Nur passt sie besser auf die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten. Dieser bedient sich allerdings seines Untergebenen wie eines handlungsfähigen Werkzeugs zur Ausführung des Delikts; er ist deshalb auch mit der vollen Strafe des Täters zu belangen. Die Unverantwortlichkeit des Untergebenen findet ihre Erklärung mehr in der Tatsache, daß ihm jeder Vorsatz, jede Fahrlässigkeit abgeht, dass er nur in Erfüllung seiner Amtspflicht gehandelt hat.[2]) Sobald er die Ungesetzlichkeit der Anordnung erkannt hat, so beginnt auch, wenn er trotzdem vollstreckt,

---

[1]) Derselbe Gedankengang, nur nicht so ausgesprochen, auf ein deliktisches Handeln des Vorgesetzten abgestellt, findet sich bei v. Streit, Widersetzung S. 301; und auch das in der Monatsschrift für Deutsche Beamte Jahrg. I S. 75 erwähnte Urteil eines Kreisgerichts beruht anscheinend auf ähnlicher Erwägung: Ein Amtsvorsteher hatte sich für befugt gehalten, in einer reinen Zivilsache, die das Retentionsrecht des Vermieters betraf, seinem Amtsdiener den Befehl zum Einschreiten zu geben. Letzterer schritt auch wirklich gegen den Mieter ein, und dieser widersetzte sich bei dieser Gelegenheit. Der Staatsanwalt fand den Befehl in aller Form Rechtens dem Amtsdiener erteilt und brachte gegen die angeklagten Eheleute je 3 Wochen Gefängnis in Antrag. — Das Kreisgericht erkannte jedoch auf Freisprechung, indem es annahm, dass der Amtsdiener sich nicht in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes befunden habe; denn er sei nur das Organ des Amtsvorstehers, der seinerseits zum Erlass eines amtlichen Befehls nicht befugt gewesen sei.

[2]) Vergl. dazu v. Liszt § 35 I; v. Liszts Schluss aber von dem „Fehlen der Rechtswidrigkeit" der vom Beamten auf Grund eines bindenden Befehls vorgenommenen Handlung auf Unzulässigkeit des Widerstands gegen sie seitens des Untertanen (§ 171 II 2) ermangelt der Begründung, wenn er auch von seinem Standpunkt aus verständlich ist. Wie oben (S. 50 Anm. 1) bereits erwähnt, will nämlich v. Liszt rechtmässig und pflichtmässig identifizieren.

selbst bei sonst absolut bindendem Charakter des Befehls, seine Strafwürdigkeit.[1])

Aber selbst wenn wir die Handlung des Untergebenen von dem Gesichtspunkte aus betrachten, den B i n d i n g vorschlägt, so ist sie zwar „Bestandteil des Delikts des Vorgesetzten", insofern sie das Bindeglied bildet zwischen Täter und Erfolg, aber nimmermehr wird sie zum „unselbständigen Bestandteil von dessen Verhalten". Damit stellt man ja den Beamten mit dem Tier auf die gleiche Stufe, das, rein instinktiv, auf äussere Antriebe reagiert. Etwas mehr sind denn unsere Vollstreckungsbeamten doch noch, selbst wenn sie das Unglück haben, die Ungesetzlichkeit eines ihnen gewordenen bindenden Befehls nicht zu bemerken! Nein, auch der Beamte entwickelt einen Willen, er will handeln, er will gerade diese Vollstreckungstätigkeit vornehmen. Aber er will sie deshalb, weil sie ihm so vorgeschrieben ist; er will nicht das durch sie verwirklichte Delikt, weil er den Deliktscharakter des Befehls garnicht bemerkt, wohl aber die Handlung als solche.

Daher empfinden wir auch dies Verhältnis engster Verkettung von Anordnung und Vollstreckung garnicht so sehr, wenn wir uns eine Anordnung mit absolut gesetzentsprechendem Charakter denken. Auch dann wird ja der Inhalt der Vollstreckung durch die Anordnung bestimmt, aber es fehlt jenes eigentümliche Bindemittel des deliktischen Vorsatzes, der sich von dem Anordnenden durch den Vollstreckenden hindurch bis zur Ausführung erstreckt.[2])

Und wie oft b e z w e c k t denn die Anordnung ein Delikt? Viel

---

[1]) Denn dies ist ein für jedes Beamtenverhältnis geltender Grundsatz, der nur durch besondere gesetzliche Vorschrift ausser Anwendung gesetzt werden kann. Dies ist z. B. geschehen im § 47 des Militärstrafgesetzbuchs vom 20. Juni 1872, nach welchem den gehorchenden Untergebenen (also auch wenn er Beamtencharakter hat) für die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen, der ein Strafgesetz verletzt, nur dann eine Strafe, und zwar die des T e i l n e h m e r s trifft, „wenn ihm bekannt gewesen, dass der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches V e r b r e c h e n oder V e r g e h e n bezweckte." (Handelt es sich also um eine Übertretung, so ist der Untergebene selbst bei Kenntnis der Ungesetzlichkeit straffrei.) Vergl. dazu v. C a l k e r , Verantwortlichkeit S. 106 ff. und M a y e r , Befehl S. 130/131 und S. 148 ff.

[2]) Dies ist besonders gegen v. S t r e i t a. a. O. S. 103 zu betonen. Gegen v. S t r e i t wendet sich auch P f e i f f e r , Beiträge S. 43, allerdings nur mit dem ungenügenden Hinweis, der Gesetzgeber des § 113 habe die v. S t r e i t s c h e Auffassung nicht gehabt und sich den Unterbeamten selbst handelnd gedacht, er hätte ja sonst nicht von der Ausübung s e i n e s Amtes sprechen dürfen.

häufiger ist es doch, dass der Anordnende in entschuldbarem Irrtum, etwa durch den Anschein der Tatumstände getäuscht, einen Befehl erlässt, der sich objektiv als eine grobe Gesetzesverletzung darstellt. In solchem Falle aber werden wir uns bei Untersuchung der Strafwürdigkeit nie damit begnügen, nur die Handlung des Anordnenden zu prüfen, wir werden stets auch die Frage aufwerfen: Hat nicht wenigstens der ausführende Beamte die Ungesetzlichkeit des Befehls erkannt, als er den Ausführungswillen fasste? Welche Antwort wir auf diese Frage geben müssen, tut nichts zur Sache. Denn jedenfalls steht fest: Auch in diesem letzteren Falle scheiden wir deutlich die Handlung des Anordnenden und die des Vollstreckenden. Beide Beamte haben einen Handlungsvorsatz: Der Anordnende will die Ausführung veranlassen, der Vollstreckende sie vornehmen. Bei beiden kann ein Deliktsvorsatz hinzutreten, der die eine bezw. beide Handlungen einer besonderen kriminellen Beurteilung unterwirft. Und nur in dem Falle, wo lediglich der anordnende Beamte den Deliktsvorsatz hat, erscheinen beide Handlungen für die Strafbarkeitserwägung in jener eigenartigen Verschmelzung, vermöge deren sich der Anordnende als der allein für den Erfolg Verantwortliche darstellt.

So erklärt es sich auch, dass Binding in seiner ganzen Erörterung ausschliesslich eine Anordnung von vorsätzlich verbrecherischem Charakter berücksichtigt. Nur in einem einzigen Satze (S. 741 unten) meint er ganz kategorisch, aber in dieser Kürze eben auch ganz unmotiviert: Seine Konstruktion gelte ganz gleichmässig, „möge der zur Ausführung kommende Befehl inhaltlich dem Gesetz entsprechen oder ihm zuwiderlaufen“. Wie wir gesehen haben, hat er mit dieser Behauptung Unrecht. Seine Konstruktion hat nur in dem Falle einer bewusst deliktischen Anordnung einen Schein von Recht; aber auch in diesem Falle wird die Tätigkeit des Untergebenen nicht zum unselbständigen Bestandteil der Handlung des Vorgesetzten: Wenn ihm auch der Deliktsvorsatz abgeht, den „Willen zur Handlung“ hat auch er.

Ist aber festgestellt, dass die Handlung des Untergebenen einer gesonderten Betrachtung unterworfen werden kann, so folgt eben aus den Bindingschen Ausführungen nicht das, was er daraus folgern möchte. Dann ist durch sie nur das erwiesen, was wir nie verkannt haben, und was auch nicht zu verkennen ist, dass nämlich eine Vollstreckung, der eine objektiv gesetzwidrige Anordnung zu Grunde liegt, durch die gutgläubige Vornahme des Untergebenen nie zu einer inhaltlich

gesetzentsprechenden werden kann. Aber das bringt uns nicht weiter in der Frage, ob nicht das Gesetz schon dann eine „r e c h t m ä s s i g e“ Amtsausübung annehmen will, wenn der Beamte alles getan hat, was eben d i e s e s Gesetz von i h m verlangt: Unbedingtes Gehorchen oder höchstens Handeln nach pflichtmässiger Prüfung der Gesetzmässigkeit, immer unter Beobachtung der bestehenden Zuständigkeits- und Formvorschriften? —

Wegen ihres neuartigen Aufbaues mag endlich auch noch kurz die Theorie von M. E. M a y e r (Widerstand S. 450 f., auch rechtsw. Befehl S. 127 f.) berührt werden. M a y e r geht aus von dem Satze: „Die Handlung ist rechtmässig, sofern sie dem Willen der sie regelnden Gesetze entspricht.“ Er unterscheidet dabei zwischen „dem abstrakten und dem konkretisierten Willen der ausführenden Gesetze“ (d. h. dem Rechtssatz und seiner Anwendung auf den Einzelfall mittels der Anordnung): „Das abstrakte Gesetz will richtig konkretisiert und in dieser Umformung verwirklicht (vollstreckt) werden, während der Wille des konkretisierten Gesetzes keinen anderen Inhalt mehr haben kann als verwirklicht (vollstreckt) zu werden. Die Vollstreckungshandlung hat Beziehungen zu der einen und zu der anderen Erscheinung des Gesetzeswillens. Aber nur der konkretisierte Wille des auszuführenden Gesetzes ist für die Vollstreckungshandlung massgebend, ihm muss die Amtsausübung entsprechen, um rechtmässig zu sein. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Konkretisierung des Gesetzes ..... gerade dazu da ist, an die Stelle der generellen Weisung des abstrakten Gesetzes eine dem individuellen Fall gerecht werdende, ihm ebenso sehr wie dem Gesetz entsprechende Entscheidung zu setzen“, (oder wie es rechtsw. Befehl S. 129 heisst) „es kann nicht mehr verlangt werden, als dass ein pflichttreues Organ des Staates einen Rechtssatz verwirklicht hat.“ Deshalb ist „rechtmässig jeder Befehl, der das Produkt einer echten Gesetzeskonkretisierung ist; unecht ist die mut- und böswillige und die o b j e k t l o s e Konkretisierung“, d. h. diejenige, für welche eine abstrakte Norm überhaupt nicht auffindbar ist. M a y e r kommt also, was den Irrtum des anordnenden Beamten angeht, zu dem Ergebnis: „Der Irrtum, der bloss den zu entscheidenden Fall betrifft, ist niemals ein Grund, auf den die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung gestützt werden kann, auch nicht, falls der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. Der R e c h t s i r r t u m, auch der entschuldbare, der zu einer gesetzwidrigen Entscheidung hinführt, hat zur Folge, dass die Vollstreckung rechtswidrig ist —

es sei denn, dass die Entscheidung trotz ihres Mangels vollstreckbar ist, in welchem Falle sie eben nicht »gesetzwidrig« wäre" (Widerstand S. 452). Dieses Ergebnis scheint mir durch M a y e r s Theorie, die an sich schon an dem Mangel des allzu Abstrakten leidet, nicht gerechtfertigt. Ihre folgerichtige Durchführung verlangt m. E. eine konsequente Betonung des Umstandes, dass das Gesetz nicht bloss konkretisiert, sondern r i c h t i g konkretisiert werden will, sie verlangt zur Rechtmässigkeit nicht bloss das Produkt einer „echten", sondern einer echten u n d r i c h t i g e n Gesetzeskonkretisierung. Will man nicht die leidige Berücksichtigung der Beamtenverantwortlichkeit auch hier in die Erörterung ziehen, so kann man sich nur auf den Standpunkt des auszuführenden Gesetzes stellen und (im Gegensatz zu M a y e r) den Zweck der Gesetzeskonkretisierung lediglich darin erblicken, eine der abstrakten Norm allseitig entsprechende Entscheidung des Einzelfalls zu geben. Dass eine solche aber nicht vorliegt, wenn der Beamte bei seiner Anordnung die Sachlage irrtümlich falsch beurteilt und deshalb irrtümlich die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsnorm als gegeben annimmt, scheint mir klar zu sein und wird auch von M a y e r offen zugegeben, wenn er (rechtswidriger Befehl S. 130) sagt: „Die Widerrechtlichkeit eines Befehls ergibt sich n i c h t a u s d e m W i d e r s p r u c h m i t d e m W i l l e n d e s z u k o n k r e t i s i e r e n d e n G e s e t z e s, sondern aus der Unechtheit der Konkretisierung. Nicht auf das Produkt, auf die Produzierung kommt es an." Wie bereits angedeutet, lässt sich m. E. auch M a y e r — ähnlich wie die im folgenden noch zu erwähnenden Autoren — in seinen Deduktionen mehr oder weniger bewusst von der Rücksicht auf das f ü r d e n B e a m t e n Mögliche, Erreichbare leiten. Besonders seine Ausführungen „in rechtsw. Befehl" S. 129 zeigen dies. — —

Wir wollen nun nach dieser mehr destruktiven Erörterung versuchen, von dem Standpunkte aus, den wir für die Auslegung des § 113 als den richtigen erkannt haben, auch die Lösung dieser Streitfrage zu erreichen.

Zunächst aber noch eine kurze Bemerkung über die Art der hierher gehörigen Fälle. Wir haben nämlich im vorstehenden nur die mehr verwaltungstechnischen Anordnungen und Befehle von Vorgesetzten an ihre Untergebenen berücksichtigt. Hierzu gehören z. B. auch viele Anordnungen (Verfügungen) des Richters, etwa in Ausübung der Sitzungspolizei, als Strafvollstreckungsbehörde etc.

Es ist nun aber nicht zu verkennen, dass auch die Urteilstätigkeit des Richters „Anordnungen" schafft. Wenn auch der Tenor des Urteils, besonders im Strafprozess, nicht immer in eine imperative Form gekleidet ist, so normiert doch jedes Urteil, welches Zwangsmassregeln nach sich zieht, wieweit diese ausgedehnt werden dürfen. Jede Urteilsvollstreckung ist eine Vollstreckung „nach Massgabe einer Anordnung", insofern der Inhalt der Vollstreckungsmassnahme bereits durch das Urteil festgelegt ist.

Aber man sieht leicht, dass die Urteilsvollstreckung doch wieder einer besonderen Gruppe angehört. Das Urteil ist dazu bestimmt, für den konkreten Fall an die Stelle des Gesetzes zu treten: Das Urteil ist das Gesetz der Vollstreckung. Wie das Gesetz in der Regel nur durch Gesetz, so kann auch das Urteil nur durch Urteil wieder aufgehoben werden. Wie der Gesetzesinhalt seine bindende Kraft nicht erlangt durch die Rechtsüberzeugung des Volks, sondern durch das verfassungsmässige Zustandekommen und durch die verfassungsmässige Form und Verkündung, so leitet auch das Urteil seine Massgeblichkeit nicht aus der Übereinstimmung seines Inhalts mit dem Gesetz, sondern aus dem den Prozessgesetzen entsprechenden Zustandekommen ab. Liegt ein regelrechtes Urteil vor, so gilt es bis zu seiner förmlichen Wiederaufhebung als die richtige Anwendung der abstrakten Gesetzesvorschrift auf den konkreten Fall. Und zwar ist dies durch generelles Gesetz, durch die Prozessordnung, bestimmt; es ist die wirkliche Rechtsüberzeugung des Gesetzgebers.

Diesen gesetzesgleichen Charakter tragen aber nicht nur Urteile, er kann auch anderen „Anordnungen u. s. w." anhaften, etwa den Befehlen einer obersten Zentralbehörde oder bisweilen den Steuerveranlagungen der Steuerbehörde (Binding, Lehrb. S. 767, und Obertribunal in Oppenhoff, Rechtspr. XVI 301).[1] Aber immer kommen natürlich

---

[1] Vergl. auch das interessante, auf die Vollstreckung einer nach Massgabe der Gewerbeordnung erlassenen Entscheidung und Anordnung des Magistrats sich beziehende Erkenntnis des Pr. Obertribunals (Oppenhoff, Rechtspr. XIII, 332/333, und (?) das Erkenntnis desselben Gerichtshofs bei Oppenhoff, Rechtspr. XIV, 357. Wenn aber anscheinend in diesem Erkenntnis wie auch in dem Oppenhoff Rechtspr. XV, 587 wiedergegebenen, verwaltungsrechtliche Festsetzungen als der Prüfung der Gerichte verfassungsmässig ohne weiteres entzogen, hingestellt werden, so gilt dies doch nur, soweit die betreffenden Festsetzungen und Anordnungen erwiesenermassen den dargelegten „gesetzesgleichen" Charakter tragen.

für die Feststellung dieses Charakters nur klare Bestimmungen genereller Gesetze, nie einfache Dienstvorschriften oder andere nur für das interne Dienstverhältnis der Beamten berechnete Bestimmungen entscheiden.[1])

Ist aber ein „Urteil“ oder eine andere „gesetzliche Anordnung“ vorhanden, und handelt es sich um ihre rechtmässige Vollstreckung, so ist natürlich eine Frage, wie die hier zur Erörterung stehende ausgeschlossen, denn die betr. Anordnung ist eben für die Vollstreckung — von ihren sonstigen Voraussetzungen zunächst abgesehen — stets eine rechtmässige, nie eine mit dem Gesetz im Widerspruch stehende, kann also auch nie durch ihren Inhalt die Vollstreckung zu einer unrechtmässigen machen.[2]) —

„Rechtmässigkeit ist die Amtsausübung, die allseitig dem Gesetz der Vollstreckung entspricht.“

Von dieser Formel sind wir bei der Interpretation der Rechtmässig-

[1]) Nicht ohne weiteres handelt es sich z. B. um eine gesetzesgleiche Anordnung im § 7 des Ges. zum Schutze der persönlichen Freiheit vom 12. Februar 1850, nach welchem niemand wider den Willen des Inhabers in eine Wohnung eindringen darf, ausser „auf Grund eines von einer gesetzlich dazu ermächtigten Behörde erteilten Auftrags“. Es kommt vielmehr auch hier darauf an, ob das Gesetz die Erteilung des Auftrags von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht. Ist dies der Fall (wie z. B. in § 102 ff. St.P.O.), so ist eben die Anordnung nicht schon als solche rechtmässig, sondern nur, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen beobachtet sind. (Vergl. dazu auch R.G.R. 3, 63.)

[2]) Sachlich übereinstimmend Mayer, Widerstand S. 451/452 (siehe oben S. 103/104), Mayer will jedoch allgemein als „konkretisierten Gesetzeswillen“ nicht gelten lassen (sodass die nach Massgabe einer solchen Anordnung erfolgende Vollstreckung stets rechtswidrig ist) „die absolut nichtigen Urteile, ferner die auf Rechtsbeugung oder auf rechtsungültigen Rechtssätzen beruhenden Anordnungen aller, endlich die rechtsunbeständigen, dem Gesetzeswillen widersprechenden Entscheidungen z. B. einen Haftbefehl wegen Kollusionsgefahr in einer Übertretungssache“. Ob aber dieser Grundsatz auch dort gelten kann, wo es sich sonst um gesetzesgleiche Anordnungen handelt, erscheint fraglich. — In seinem „rechtswidrigen Befehl“ S. 129 verkennt Mayer übrigens auch ganz den Ausnahmecharakter der gesetzesgleichen gegenüber anderen Anordnungen. Er antwortet nämlich hier auf die Frage, ob bei den auf Irrtum beruhenden Gesetzeskonkretisierungen objektive oder bloss subjektive Richtigkeit zu verlangen sei: „Man muss sich nur vergegenwärtigen, dass selbst ein rechtskräftiges Urteil auf einem seine Endgültigkeit unterwühlenden Irrtum aufgebaut sein kann, um den objektiven Standpunkt weit von sich zu weisen.“ (Vergl. auch Widerstand S. 450.)

keit ausgegangen. Dieser Grundsatz muss auch für die Entscheidung der letzten Streitfrage dieses Begriffs die Richtschnur abgeben. Aber wo haben wir denn das massgebende „Gesetz der Vollstreckung“ zu suchen?

Auf der einen Seite sagt uns das Gesetz: Der Unterbeamte hat einfach zu gehorchen, er hat unbedingt und ohne Zaudern den ihm gewordenen Befehl zur Vollstreckung zu bringen.

Auf der anderen Seite aber bestimmt es: Eine Vollstreckung ist nur dann am Platze, wenn jene bestimmten Voraussetzungen vorliegen; nur dann soll sie angeordnet, nur dann ausgeführt werden.

Welches von diesen beiden einander widersprechenden Gesetzen gibt für die Rechtmässigkeit des vollstreckungsamtlichen Handelns den Ausschlag? -- Nur dasjenige, welches sich unmittelbar an den vollstreckenden Beamten wendet und ihm seine Rechte und seine Pflichten vorschreibt, so antworten uns Freund u. a. (Vergl. S. 94 Anm. 1.)

„Es wäre widersinnig, wollte man behaupten, dass der auf höheren Befehl handelnde Beamte in einem weiteren Umfange dem Widerstandsrechte jedes Einzelnen preisgegeben werden sollte, als in dem Umfange seines Prüfungsrechtes gegenüber dem erhaltenen Befehl.“ (Freund a. a. O. S. 133.)[1])

„Die Strafbarkeit des Widerstandes ist nicht von der Rechtmässigkeit der Amtshandlung, sondern von der der Amtsausübung abhängig gemacht, und wenn sich der Fehler des nicht rechtmässigen Auftrags allerdings auf die Amtshandlung des Vollstreckungsbeamten überträgt, so doch sicher nicht auf die Ausübung seines Amtes, die durch jenen Fehler nicht zu einer rechtswidrigen wird. Hat der Vollstreckungsbeamte getan, was seines Amtes und was er nach Gesetz und Dienstpflicht zu tun berufen und verpflichtet ist, so war er in rechtmässiger Ausübung seines Amtes und nur dies, nicht die Rechtmässigkeit der Amtshandlung ist die Voraussetzung, von welcher das Gesetz die Strafbarkeit des Widerstandes abhängig macht.“ (Hälschner, Strafrecht II 2 S. 811.)[2])

Aber was ist denn der allgemeine Obersatz all dieser Schlüsse? Einzig die Behauptung, dass der § 113 nur den Beamten, seine Persönlichkeit, seine Pflichttreue schützen wolle. Die Unrichtigkeit aber gerade

---

1) Ebenso Kleinfeller, Amtsrechte S. 289.

2) So auch v. Kallina, Notwehr S. 51/52 und S. 60 ff. und Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, Jahrg. 18 (1871) S. 10.

dieser Behauptung haben wir schon oben ausser Zweifel gestellt. Wir haben nachgewiesen, dass der § 113 kein reines Beamten-Schutzgesetz ist, sondern in der Tätigkeit des Beamten nur die staatliche Vollstreckungstätigkeit schützen will, dass für die Auslegung der Rechtmässigkeit also nicht der Standpunkt des Beamten, auch nicht der des Untertanen, sondern nur der der Staatsgewalt, die Rechtsüberzeugung des Gesetzes, entscheiden darf. Und dieser Rechtsüberzeugung nach ist die Tätigkeit des Untergebenen nur rechtmässig, wenn sie es ist nicht nur ihrer Form, sondern auch ihrem Inhalte nach. Hiergegen spricht zunächst nicht die Fassung des Paragraphen. Wir wollen davon absehen, zum Belege unserer Ansicht den objektiven Charakter von „Amt" und „rechtmässig" so nachdrücklich zu betonen, wie es v. Kirchenheim (a. a. O. S. 193) tut; denn wir haben schon zu Beginn unserer Erörterung betont, dass man sprachlich „rechtmässige Ausübung seines Amtes" im Sinne von amtspflichtmässigem Verhalten wenigstens auslegen könnte. Aber jedenfalls müssen wir uns dagegen verwahren, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes das „rechtmässig" sich nur auf die Form und Zuständigkeit der Vollstreckungsmassnahmen beziehen könne: Der Unterschied, den Hälschner in den oben zitierten Worten zwischen Amtsausübung und Amtshandlung machen will, ist sprachlich nur insoweit begründet, als durch Voranstellung des Tätigkeitswortes in „Ausübung seines Amtes", der Charakter als Tätigkeitsbezeichnung mehr hervortritt als in „Amtshandlung". Aber das beweist nichts! Denn es steht sprachlich nichts im Wege, in dem Ausdrucke „(rechtmässige) Ausübung seines Amtes" den Inhalt der Vollstreckungshandlung mitzudenken, ja, wir tun dies ganz unwillkürlich, sobald wir der Wendung ein bezeichnendes Beiwort wie „pflichtmässig", „rechtmässig" hinzufügen. Auch Hälschner handelt so. Wenn er es leugnen will, so setzt er sich mit seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch. Denn auch er will nicht nur das Tätigwerden, die Art und Weise der Vollstreckung, im Einklang mit der Dienstpflicht sehen, sondern auch ihren Inhalt: Der einzige Unterschied zwischen seiner und unserer Deduktion ist der, dass Hälschner diesen Inhalt an der verbindlichen Anordnung misst, während wir ihn unmittelbar am Gesetz messen wollen. Er sagt: Ist das, was der Beamte vornimmt, auch genau das, was den Inhalt der Anordnung bildet, denn nur zu deren Ausführung ist er durch den Willen des Gesetzes berufen. Wir dagegen fragen:

Ist das, was der Beamte vornimmt, auch genau der konkrete Niederschlag dessen, was den Inhalt des abstrakten Gesetzes bildet, denn nur dessen Ausführung ist der Wille des Gesetzes; dass es vom Unterbeamten unbedingten Gehorsam gegen den Vorgesetzten fordert, ist nicht der Ausdruck seiner wahren Rechtsüberzeugung.

Doch es fehlt noch die Begründung unserer Ansicht. Diese soll uns die eingehendere Prüfung jenes oben angedeuteten Gesetzeskonflikts geben. Denn es handelt sich hier um einen Konflikt im wahren Sinne des Wortes.[1]) Es ist in seinem Wesen derselbe, den wir oben bei der durch sachliche Voraussetzungen bedingten Tätigkeit des unmittelbar nach Massgabe von Gesetzen handelnden Beamten beobachten konnten, nur dass hier der Konflikt noch etwas krasser hervortritt. In beiden Fällen legt das Gesetz bestimmte sachliche Voraussetzungen für die Vollstreckungsmassnahme fest,[2]) normiert aber andererseits das Verhalten des vollstreckenden Beamten in einer Weise, die anscheinend diese Voraussetzungen ausser acht lässt: Dort begnügt es sich mit einer amtspflichtmässigen Prüfung der Verhältnisse, hier verlangt es, wenigstens in manchen Fällen, auch dies nicht einmal, hier genügt ihm sogar ein bloss der Anordnung oder dem Befehl entsprechendes Verhalten. Ebenso aber wie dort, so enthalten auch hier diese letzten Bestimmungen nicht die wahre Rechtsüberzeugung der Staatsgewalt, des Gesetzes.

Der Gesetzgeber muss im Interesse der Aufrechterhaltung von Ordnung und Sicherheit im Staate für eine schleunige, tatkräftige Durchführung der von ihm als Recht erkannten Massnahmen Sorge tragen.

---

[1]) Ein krasses Beispiel bietet der Tatbestand der Entscheidung des Obertribunals bei Oppenhoff, Rechtspr. XV 490 f. Hier war die Ehefrau wegen Verstrickungsbruchs aus § 137, der Ehemann aus § 113 angeklagt. Das Obertribunal spricht die Ehefrau frei, weil die absolut wesentliche Form der Beschlagnahme (nämlich die nach damaligem Recht vorgeschriebene Aufnahme einer schriftlichen Verhandlung) nicht beobachtet ist und somit eine Beschlagnahme im Rechtssinne nicht vorliegt. Der Ehemann wird jedoch trotzdem wegen Widerstandes bestraft, denn er hatte sich widersetzt, als der Exekutor, pflichtgemäss einer dienstverbindlichen Anweisung seines Vorgesetzten folgend, (auf Grund der garnicht erfolgten Beschlagnahme!) den beschlagnahmten Gegenstand zum Verkauf abholen wollte.

[2]) Denn wenn auch das Gesetz bisweilen die Voraussetzungen in die Form kleidet, dass nur bei ihrem Vorliegen die Anordnung erlassen werden dürfe, so wird niemand daran zweifeln können, dass die Anordnung nur mit Rücksicht auf die nachfolgende Vollstreckung d. h. vor allem gerade diese Vollstreckung selbst durch die genannten Voraussetzungen bedingt wird.

Dabei aber kann er das menschliche Unvermögen seines Beamten nicht unberücksichtigt lassen. Er ist gezwungen, das Mass seiner Anforderungen zu verringern. Bezüglich des Oberbeamten begnügt er sich zunächst schon mit dem Handeln auf Grund dienstpflichtiger Beurteilung der für den Beamten wahrnehmbaren Verhältnisse. Da aber weiter derjenige Beamte, welcher die Verhältnisse erforscht und sie seiner pflichtmässigen Prüfung unterwirft, nicht selbst alle Massregeln ausführen kann, die ihm im Verfolg dieser Prüfung am Platze erscheinen, so muss er dem Beamten gestatten, Gehilfen anzustellen, die entsprechend seinen Weisungen handeln. Auch diesen (wenigstens bis zu einem gewissen Grade) die Pflicht zur Prüfung der Gesetzmässigkeit der Vollstreckung aufzuerlegen, würde in manchen Fällen gerade die Absicht des Gesetzes, die schnelle Durchführung der Handlung, vereiteln, ja, würde vielfach überhaupt ein geregeltes Funktionieren des ganzen Behördenorganismus, der nun einmal auf Unter- und Überordnung aufgebaut sein muss, unmöglich machen. Offenbar aber, wie das pflichtmässige Handeln des Vorgesetzten nicht der eigentlichen Rechtsüberzeugung des Gesetzes entspricht — das haben wir schon oben S. 55 f. nachgewiesen — so auch nicht das in einfacher Unterwürfigkeit vorgenommene Tun des Untergebenen. Der Gesetzgeber will zwar aus den genannten Zweckmässigkeitsgründen die Anstellung von unbedingt gehorsamspflichtigen Unterbeamten, er will aber nicht die durch sie vollführte ungesetzliche Vollstreckung.

Wie wäre es anders denkbar, dass diese Gehorsamspflicht aufhört, sobald der Untergebene erkennt, dass der Vorgesetzte mit der Anordnung ein Delikt begeht. — Dass dies ein allgemeiner Grundsatz ist, für den der § 47 des Mil.St.G.B. eine die Regel bestätigende Ausnahme bildet, haben wir schon oben betont. — Die Erkenntnis, dass der Vorgesetzte irrtümlich die vorliegenden Verhältnisse rechtlich oder tatsächlich falsch beurteilt, beseitigt naturgemäss die Pflicht des Untergebenen zu gehorsamer Ausführung der Anordnung noch nicht, denn der Untergebene kann ja selbst wiederum in dieser Erkenntnis irren, und weiter begnügt sich auch das Gesetz dem Vorgesetzten gegenüber mit der Forderung blosser Pflichtmässigkeit. Aber sobald der Vorgesetzte in absichtlich falscher Beurteilung der Verhältnisse den Befehl erteilt, um etwa verbrecherische Privatabsichten durchzuführen, und der Untergebene weiss dies, vielleicht ganz zufällig, so macht er sich sofort durch die trotzdem vorgenommene Vollstreckung der Anordnung strafbar,

während seine Gehorsamspflicht bei Nichtkenntnis des deliktischen Charakters der Anordnung ruhig bestehen geblieben wäre:[1]) Ein deutlicher Beweis, dass das Gesetz zwar notgedrungen das Institut unbedingter Gehorsamspflicht billigt und wünscht, dass es aber doch die Durchführung ungesetzlicher Vollstreckungen verhindern möchte, soweit dies nur ohne Gefährdung des Behördenmechanismus möglich ist.

Wir können aber noch einen weiteren Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht aus der Gesetzgebung entnehmen.

Es gibt in unseren Gesetzen Fälle, in denen dem Beamten zwar im allgemeinen nur gestattet ist, unter bestimmten Voraussetzungen einen Ausführungsbefehl an seinen Untergebenen zu erteilen, in denen er aber doch unter Umständen berechtigt ist, persönlich die gewünschte Vollstreckung vorzunehmen, natürlich wiederum nur bei Vorliegen der (formell bloss für die Anordnung vorgeschriebenen) Voraussetzungen; demnach, so hat man geschlossen, will doch das Gesetz diese Vollstreckung nur bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen, einerlei, ob sie durch den Vorgesetzten selbst oder durch die Vermittlung des Unterbeamten zur Ausführung gelangt.

Wir wollen auf diese Fälle im ganzen nicht viel Gewicht legen. Denn es lässt sich schliesslich gegen sie einwenden, dass bei persönlicher Durchführung der Vollstreckung eben an die Stelle einer Vollstreckung nach Massgabe einer Anordnung einfach eine „Vollstreckung nach Massgabe von Gesetzen" trete, dass also einer der hier zu besprechenden Tatbestände garnicht vorliege. Nur auf eine bestimmte Gruppe jener Fälle möchten wir doch die Aufmerksamkeit lenken, nämlich auf Bestimmungen wie die §§ 102 ff. St.P.O. In diesen ist bestimmt, dass eine Durchsuchung nur behufs Ergreifung des Beschuldigten oder behufs Verfolgung von Spuren einer strafbaren Handlung....... und nur dann zulässig ist, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befinde; bei denjenigen weiter, welcher als Täter oder Teilnehmer einer trafbaren Handlung oder als Begünstiger oder

[1]) Denn wenn Hiller zwar im allgemeinen Dienstpflichtigkeit entscheiden lässt, dann aber (Rechtmässigkeit S. 82) meint, „Befehle und Anordnungen dürften ihrem Inhalte nach nur nicht in etwas gesetzlich absolut Unzulässigem, in offenbarem Unrecht bestehen, da deren Vollzug für die Frage des Widerstandes nicht in Betracht kommen könne", so liegt darin eine grobe Inkonsequenz, die sich nur aus Hillers von falschen Notwehrgrundsätzen missleiteten Auslegung des § 113 erklärt.

Hehler verdächtig ist, eine Durchsuchung der Wohnung, der Person u. s. w. nur zu (den im § 102 bestimmten) besonderen Zwecken vorgenommen werden kann; und nun heisst es im § 105: Die Anordnung von Durchsuchungen steht dem Richter, bei Gefahr im Verzuge auch der Staatsanwaltschaft und denjenigen Polizei- und Sicherheitsbeamten zu, welche als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft den Anordnungen derselben Folge zu leisten haben. (Abs. 3) Alle diese Beschränkungen der Durchsuchungen aber finden keine Anwendung auf Wohnungen von Personen, welche unter Polizeiaufsicht stehen, sowie auf Räume, welche zur Nachtzeit jedermann zugänglich sind oder welche der Polizei als Herbergen oder Versammlungsorte bestrafter Personen, als Niederlagen von Sachen, welche mittels strafbarer Handlung erlangt sind, oder als Schlupfwinkel des Glücksspiels oder gewerbsmässiger Unzucht bekannt sind.

In diesen Bestimmungen ist doch ganz zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, dass das Gesetz eine Durchsuchung nur bei Vorliegen der bestimmten Voraussetzungen will, einerlei, ob die Durchsuchung auf höhere Anordnung oder aus eigener Entschliessung durch die Vollstreckungsbeamten erfolgt. Denn augenscheinlich normiert das Gesetz hier die Voraussetzungen bloss für die Durchsuchungshandlung als solche. Das Erfordernis einer Anordnung tritt nur als fernere Voraussetzung zu den übrigen hinzu. Ebenso wie einzelne von den letzteren, fällt auch die Voraussetzung der höheren Anordnung weg beim Durchsuchen der bestimmten im Gesetz genannten Räumlichkeiten. Wenn wir also bereits früher festgestellt haben, dass bei einfacher Vollstreckung nach Massgabe von Gesetzen nur das wirkliche Vorliegen der Voraussetzungen und nicht schon ihre amtspflichtmässige Annahme (soweit diese nicht im Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend gefordert wird) der Rechtsüberzeugung des Gesetzes entspricht, so muss ganz dasselbe gelten, wenn hier die gleiche Vollstreckungshandlung auf Grund einer Anordnung vorgenommen wird.

Ganz inkonsequent ist es also, wenn das Reichsgericht, welches im ersten Punkte mit uns übereinstimmt (s. S. 85), im zweiten entgegengesetzter Ansicht ist und sich ausgesprochenerweise für die Dienstpflichtigkeit entscheidet.[1]) Die Gründe, die es zur Unterstützung seines

[1]) Z. B. in den Entscheidungen E. 2, 411, 1, 322, R. 7, 280; in der letzten Entscheidung auch der III. Strafsenat, der in der oben S. 85 zitierten E. 5, 297 so energisch für objektive „Gesetzmässigkeit" eingetreten war. — Das Reichs-

Standpunkts vorbringt (E. 2, 413), sind im wesentlichen dieselben, deren Unrichtigkeit wir bereits dargetan haben:

„Der an sich völlig richtige Satz, der Befehl könne die unrechtmässige Handlung nicht zu einer rechtmässigen machen, und die Handlung, welche von dem Vorgesetzten selbst nicht habe vollstreckt werden dürfen, könne durch Auftrag an den Untergebenen nicht zu einer rechtmässigen werden, sei für die Entscheidung unserer Frage ohne Einfluss; denn § 113 verlange nur, dass der Vollstreckungsbeamte bei seinem Vorgehen sein Amt rechtmässig ausübe, nur die Rechtmässigkeit der Ausführung seitens des Vollstreckungsbeamten sei Tatbestandsmerkmal im § 113. Zu diesem Ergebnis zwinge auch die Rücksicht auf den Schutz des vollstreckenden Beamten, die einen wesentlichen Motor für die Strafbestimmung bilde."

Weiter spreche die Entstehungsgeschichte dafür: „Im Gegensatze zum § 26 des preussischen Zollstrafgesetzes vom 23. Januar 1838, nach welchem bei Widersetzung gegen Beamte in Ausübung des Amtes etwaiger Missbrauch der Amtsgewalt nur eine Milderung der Strafbarkeit bewirkte, habe man mit dem an seine Stelle tretenden § 161 V.Z.G. und demnächst § 113 St.G.B. die Überschreitung der Amtsgewalt zu einem

---

gericht verlangt in E. 2, 410 und 29, 201 allerdings allgemeinste Befugnis des anordnenden Beamten zum Erlass des Befehls; fehlt selbst diese, so soll nicht nur der Untergebene „wegen seines guten Glaubens gehorchen zu müssen straffrei bleiben", sondern „wegen des objektiven Mangels jeder Zuständigkeit des Befehlenden zu der betr. Anordnung" (— eine objektive Pflicht zur Befolgung des Befehls bestand garnicht —) auch der Widerstandleistende. Aber dies ist eben ein unabweisbares Ergebnis der einfachen Erwägung (s. oben S. 65), dass in solchem Falle der Vollziehungsbeamte zur Vollstreckung gerade dieser Anordnung garnicht berufen sei, ihm also, ebenso wie dem anordnenden Beamten, das immer erforderliche Merkmal allgemeiner sachlicher Zuständigkeit abgehe. (Übrigens ist in E. 26, 293 auch die Objektivität dieses Erfordernisses schon weniger betont.) — Auf demselben Standpunkte wie das Reichsgericht steht übrigens auch das ehemalige Pr. Obertribunal (Oppenhoff, Rechtspr. XIII 55): „Der vollstreckende Beamte hat allerdings zu prüfen, ob der Befehl oder die Anordnung, mit deren Vollstreckung er beauftragt wird, von der ihm vorgesetzten Behörde innerhalb der allgemeinen Grenzen ihrer Amtsbefugnisse erlassen worden ist, und er hat bei der Ausführung der Anordnung oder des Befehls nur dann Anspruch auf den Schutz des § 113 St.G.B., wenn jene Voraussetzung zutrifft. Nicht dagegen hat er zu untersuchen, ob die ihm vorgesetzte Behörde im einzelnen Falle von ihren Amtsbefugnissen einen angemessenen Gebrauch gemacht hat," (d. h. überhaupt die konkrete sachliche Zuständigkeit des Anordnenden, vergl. z. B. Oppenhoff, Rechtspr. XIII 375, XV 197 und 227/228, XVI 578).

Strafausschliessungsgrunde machen wollen; man sei sich dabei bewusst gewesen, dass die konkrete Amtsgewalt da nicht überschritten ist, wo den Vollzugsbeamten die Beamtendisziplin zu deren Anwendung zwingt."

Wie wenig stichhaltig diese letzte Behauptung ist, das haben wir schon oben in der geschichtlichen Erörterung dargetan. Da die Parlamentsverhandlungen keinen Anhaltspunkt geben, so lässt sich ein bestimmtes Motiv für den § 161 V.Z.G. nicht erweisen, sondern höchstens vermuten. Wer steht uns aber dafür, dass die Gesetzgebungsfaktoren, die zweifellos den rein subjektiven Standpunkt, die Strafbarkeit des Widerstandes gegen das Tätigwerden des Beamten als solches, im Rahmen allgemeiner Zuständigkeit, ablehnten, nicht dafür einen rein objektiven Massstab einsetzen wollten, nämlich den des wahren, sich auf Inhalt und Form der Vollstreckungsmassnahme beziehenden Gesetzeswillens? Der Ausdruck „rechtmässige Ausübung seines Amtes" steht, wie wir zeigten, dieser Auffassung nicht im geringsten entgegen.

Zudem muss es berechtigtem Zweifel unterliegen, ob man beim § 161 V.Z.G. überhaupt an die Möglichkeit einer amtlichen Tätigkeit auf Grund bindenden Befehls gedacht hat. Denn der Kontrollcharakter der zollamtlichen Tätigkeit bringt es mit sich, dass der Zollbeamte, mag es sich um einen Grenzjäger oder um einen im Zollamt angestellten Kontrolleur handeln, fast immer aus eigener Erwägung und Entschliessung heraus tätig wird. Anscheinend in Übereinstimmung hiermit bezeichnet denn auch das Gesetz als für den Widerstand des § 161 in Betracht kommend „einen zur Wahrnehmung des Zollinteresses verpflichteten Beamten", eine Ausdrucksweise, welche, jedenfalls in erster Linie, einen aus eigener Initiative handelnden Beamten begreift. Inwieweit aber schliesslich die beim § 161 ausschlaggebend gewesenen Erwägungen auch auf die Schaffung und Fassung des § 113 St.G.B. eingewirkt haben, lässt sich bei der Erregtheit bezw. Unklarheit der betr. Parlamentsdebatten schlechterdings nicht feststellen. Im übrigen verweisen wir auf die unserer Erörterung vorangestellte geschichtliche Untersuchung.

Besonders interessant, weil sich auf das Gesetz selbst stützend, ist endlich der letzte Grund, den das Reichsgericht für seine Stellungnahme anführt:

„Der Wortlaut des Gesetzes stellt dem Gesetze, dessen unbedingte Wirksamkeit für die von ihm Begriffenen gesichert werden soll, die Befehle und Anordnungen der Verwaltungsbehörden und die Urteile

und Verfügungen der Gerichte gleich und entzieht der Frage nach der Rechtswirksamkeit einer Kundgebung der gesetzgebenden wie der exekutiven und richterlichen Staatsgewalt gleichmässig jede Bedeutung für die Entscheidung, ob ein Organ der Staatsgewalt zur Vollstreckung einer solchen Kundgebung berufen sei."

Das Reichsgericht hat mit dieser behaupteten Gleichstellung von Gesetz u. s. w. in den Worten:

> Wer einen Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden, von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes u. s. w.

insoweit Recht, als für die drei Vollstreckungsgattungen (s. o. S. 65) nur rechtsgültig zustande gekommene Gesetze, Befehle u. s. w. in Frage stehen. Aber diese im Gesetz aufgeführten Kategorien bilden doch nur den Ausgangspunkt für die Tätigkeit des Beamten; zu ihrer Vollstreckung ist der Beamte berufen. Ob sie auch alle in der gleichen Weise die Rechtmässigkeit der an sie anschliessenden Vollstreckung beeinflussen, kann nur eine Prüfung des Sinnes von „Rechtmässigkeit" lehren. Und das Ergebnis dieser Prüfung hängt wieder ganz davon ab, ob wir die Vollstreckung am (generellen) Gesetz oder an der Dienstpflicht messen. Deshalb schliesst auch das Reichsgericht an den besprochenen Punkt sofort die Behauptung an, deren Unrichtigkeit wir bereits nachwiesen, dass „nicht die Massnahme selbst, sondern die Ausführung seitens des Vollstreckungsbeamten" nach § 113 rechtmässig sein müsse.

Wir sehen also, dass auch das Reichsgericht stichhaltige Gründe für seinen Standpunkt nicht anzuführen weiss. Es ist deshalb unberechtigt, wenn es in überlegenem pathetischen Tone hervorhebt: „(Deshalb) hat auch die Judikatur bisher, unbeirrt durch die Angriffe von doktrinärer Seite, im grossen und ganzen stets festgehalten an dem Prinzipe, dass die Rechtmässigkeit der Amtsausübung bei Vollstreckung einer höheren Anordnung so wenig wie durch die Angemessenheit, Zweckmässigkeit und Opportunität der Massregel, ebenso auch nicht durch die Gesetzlichkeit derselben im Einzelfalle bedingt sei." Mag auch die Judikatur dies für eine Postulat vernünftiger Billigkeitserwägung halten — ob mit Recht, wollen wir am Schlusse der Abhandlung untersuchen —, zur richtigen Interpretation von § 113 wird es dadurch noch

nicht. Richtig aufgefasst, verlangt die Rechtmässigkeit des § 113, dass die Amtsausübung des Vollzugsbeamten, die „Ausführung der obrigkeitlichen Massnahme seitens desselben“ **formell und inhaltlich** dem (generellen) Gesetz entspreche.[1])

Im einzelnen kann also auch bei diesen Vollstreckungen auf die für die Vollstreckung nach Massgabe von Gesetzen aufgestellten Grundsätze verwiesen werden; nur ist natürlich zu bemerken, dass in den Fällen, in welchen das Gesetz die Vornahme der Handlung von dem pflichtmässigen Ermessen des Beamten abhängig macht, allein das Ermessen des Anordnenden in Frage kommen kann, sofern nicht das Gesetz selbst (s. S. 93) ein anderes bestimmt.[2])

III. Die Rechtmässigkeit als Merkmal des subjektiven Tatbestandes.

Wir stehen eigentlich am Ende unserer Untersuchung. Konsequent vom Standpunkte der Staatsgewalt mussten wir die Rechtmässigkeit der Amtsausübung interpretieren. Einzig die Autorität des Gesetzes erkannten wir als den bei einem Konflikt zwischen Untertanenrecht und Beamtenrecht ausschlaggebenden Faktor.

Wir sahen aber zugleich, welchen Schwierigkeiten die Feststellung der Rechtmässigkeit vielfach begegnet, wie hier oft erst eine eingehende Prüfung des Gesetzeswillens zu dem richtigen Ergebnis führt. Man denke nur an die Fälle, in denen nach dem Willen des Gesetzes allerdings das pflichtmässige Ermessen des Beamten über die Vornahme der Vollstreckung entscheiden soll, in denen aber dieser Wille nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern nur aus dem Sinne zu entnehmen ist. In solchen Fällen ist schon der Jurist leicht dem Irrtum ausgesetzt. Um wieviel

---

[1]) Würde freilich — das sei zum Schluss noch hervorgehoben — im § 113 das „rechtmässig“ fehlen, hiesse es darin nur „in der Ausübung seines Amtes“, so müssten wir allerdings, selbst bei Auslegung der „Amtsausübung“ im Sinne von „Betätigung objektiv im Rahmen der gesetzlich festgelegten Amtsbefugnisse“, die Dienstpflicht als das Mass des gesetzlich vom vollstreckenden Beamten Erforderten entscheiden lassen. Erst der Zusatz „rechtmässig“ gleich „der Rechtsüberzeugung des Gesetzes entsprechend“ gibt den Ausschlag im Sinne unserer obigen Darlegung. Es ist deshalb auch die Vollstreckung eines bindenden Befehls der oben S. 46 Anm. 1 angedeutete Fall, in welchem sich zeigt, dass „rechtmässig“ im § 113 unter keinen Umständen überflüssig ist.

[2]) Vergl. Mayer, Befehl S. 130.

mehr aber der Laie, der durchweg nur gewohnt ist, sich von Rechtsgefühl und Lebenserfahrung leiten zu lassen und nicht von einer durchgebildeten Gesetzeskenntnis. So wird denn der Staatsbürger in dem Bewusstsein, der Beamte handle unrechtmässig, bisweilen der Vollstreckung einen energischen, zur Abwehr erforderlichen Widerstand entgegensetzen, weil er weiss, dass ihn nur bei rechtmässiger Amtsausübung des Beamten eine Strafe wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt treffen kann, — und dann wird ihm vor den Schranken des Gerichts nachgewiesen, dass der Beamte durchaus rechtmässig handelte, dass also seine Annahme der Unrechtmässigkeit auf einem Irrtum beruhte. Haben wir einen solchen Angeklagten zu verurteilen oder haben wir ihn freizusprechen?

Es ist offensichtlich, dass die Beantwortung dieser Frage für die Wertbeurteilung der „Rechtmässigkeit der Amtsausübung" als Tatbestandsmerkmal des § 113 von entscheidendem Einfluss ist. Und wenn die Schlussbetrachtung der eingangs der Abhandlung angeregten Untersuchung gewidmet sein soll, ob der § 113 mit seinem Erfordernis rechtmässiger Ausübung des Amtes im Einklang steht mit den Grundsätzen unseres Staatslebens, insbesondere mit der Auffassung des Verhältnisses von Staatsgewalt und Untertanen, von Regierung und Regierten, oder ob für das werdende neue Strafgesetzbuch eine Änderung zu empfehlen ist, so müssen wir uns notwendig zuvor auch über diese subjektive Seite des behandelten Merkmals, über die Massgeblichkeit des Irrtums des Täters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung klar werden.

Die Frage ist in der Literatur oft und eingehend behandelt worden.[1] Wir wollen uns deshalb hier darauf beschränken, sie nur zu streifen und im wesentlichen kurz unsere Ansicht darzulegen.

Der Kernpunkt der Frage ist die Anwendung oder Nichtanwendung des § 59, nach welchem Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören, dem Täter nicht zuzurechnen sind, wenn er sie bei Begehung der strafbaren Handlung

[1]) Noch 1905 hat Binding in seinem Lehrbuch (II S. 779) eine entschiedene Darlegung des Standpunkts gegeben, der im wesentlichen auch der unsrige ist; im übrigen vergl. zur Literatur die Angaben von Olshausen (Anm. 27/28 zu § 113), Binding (l. c.) und unser Literaturverzeichnis.

nicht kannte. Dass Vornahme einer Amtsausübung durch einen Beamten einen solchen Tatumstand darstelle, dass also der Widerstandleistende wissen musste,

1. dass der vom Widerstand Betroffene ein Beamter,
2. dass er in der Ausübung seines Amtes begriffen sei,

darüber ist man in der Literatur einig. [1]) Bestritten ist lediglich die Anwendung des § 59 auf das Erfordernis der Rechtmässigkeit. [2]) U. E. jedoch mit Unrecht. Denn es besteht nicht der geringste Wesensunterschied zwischen dem Moment der „allgemeinen Zuständigkeit" und dem der konkreten Zuständigkeit oder der Beobachtung vorgeschriebener Formen des Verfahrens. Allerdings machen die letzteren Merkmale erst die amtliche Tätigkeit zu einer rechtmässigen Amtsausübung; aber umfasst nicht der Begriff der Rechtmässigkeit ebensowohl und untrennbar auch das Vorhandensein der allgemeinen Kompetenz? Kann man eine amtliche Tätigkeit als rechtmässig bezeichnen, die zwar an sich formell und sachlich gesetzentsprechend ausgeübt wird, deren Vornahme aber nicht unter die allgemeinen Amtsbefugnisse des handelnden Beamten fällt? — Gewiss nicht, denn rechtmässig heisst ja, wie wir sahen, nichts als „in allen Beziehungen gesetzentsprechend". Wie kann aber dann der Umstand, dass die letztgenannten Erfordernisse zugleich einen Unterbegriff bilden, nämlich den einer „Ressortbetätigung", einer Handlung, die im allgemeinen dem Wirkungskreise eines Beamten angehört, einen so tiefgehenden Unterschied von den übrigen Merkmalen der Recht-

---

[1]) Vergl. die Belege bei Olshausen, Anm. 27 zu § 113 und Eberhard S. 65.

[2]) Insbesondere ist es das Reichsgericht, welches immer von neuem in seiner Judikatur den Standpunkt vertritt: „Das Bewusstsein des Täters von der Rechtmässigkeit der Amtsausübung (gemeint ist wohl nur: Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung!) ist kein Tatumstand, der zum Tatbestand des § 113 des St.G.B. gehört (R. 6, 481)", „es ist zum Tatbestand nicht erforderlich" (R. 9, 474 und 1, 645), „ist die Amtsausübung eine objektiv rechtmässige, so schliesst ein Irrtum des Widerstandleistenden über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung die Anwendung des § 113 des St.G.B. nicht aus" (R. 4, 134), denn „die Rechtmässigkeit der Amtsausübung ist zwar objektiv eine Bedingung der Strafbarkeit des Widerstandes, die Strafbarkeit aber nicht unter des Täters Urteil über die Rechtmässigkeit gestellt; dieselbe ist daher auch von dem Bewusstsein des Täters von der Rechtmässigkeit unabhängig und wird selbst durch die Meinung der Unrechtmässigkeit nicht ausgeschlossen" (R. 2, 453, E. 2, 423); vergl. ferner E. 3, 14 (R. 2, 409), E. 22, 302, E. 10, 431. — Andere Gegner unserer Ansicht finden sich zitiert bei Olshausen, Anm. 28 zu § 113 und Eberhard S. 66.

mässigkeit bedingen, dass man den Inhalt des ersten Merkmals als einen zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstand gelten lässt, den der anderen Merkmale dagegen nicht. Auch die Beurteilung einer Handlung als rechtmässig ist keine rein rationelle Wertung der amtlichen Tätigkeit, sondern stützt sich ebenfalls auf das Vorliegen von Tatsachen, auf das Vorhandensein aller jener Voraussetzungen und Formen, die wir im sachlichen Teile der Abhandlung besprochen haben. Also „Tatumstände" sind diese den Begriff der Rechtmässigkeit bildenden Merkmale zweifellos. Sie gehören andererseits aber auch zum Tatbestande des § 113. Schon der Wortlaut des Gesetzes lässt eine andere Deutung nicht zu. Das Gesetz nennt als Objekt des Widerstandes einfach „die rechtmässige Ausübung des Amtes". Nichts deutet auf eine Sonderstellung der Erfordernisse der Rechtmässigkeit hin. Und doch hat es das Gesetz bei anderer Gelegenheit sehr wohl verstanden, ein Merkmal aus dem gesetzlichen Tatbestande herauszuheben, ohne es darum aus der Reihe der Strafbarkeitsvoraussetzungen zu streichen. Wenn z. B. das Gesetz im § 186 nicht die Behauptung einer „unwahren Tatsache" verlangt, sondern lediglich die Strafe an die Bedingung der Nichterweislichkeit der Behauptung knüpft, so ist damit nach herrschender Ansicht [1]) klar zum Ausdruck gebracht, dass die Nichterweislichkeit nicht zu den Tatumständen gehört, deren sich der Täter bewusst sein muss, um bestraft werden zu können. Gerade die satztechnische Verschiedenheit von § 186 sollte für die Richtigkeit unserer Auffassung des § 113 sprechen.

Zieht man aber nun gar die Geschichte des Paragraphen heran, wie wir sie zu Beginn der Erörterung dargelegt haben, so rückt das Erfordernis der Rechtmässigkeit geradezu in den Mittelpunkt unseres Delikts und wird zum spezifischen Unterscheidungsmerkmal seines Tatbestandes. Im Pr.St.G.B., da war der Widerstand gegen jede Amtshandlung mit Strafe bedroht. Nur eine extensive Interpretation von „Amtshandlung" vermochte die Härten einer solchen Bestimmung zu mildern. Das R.St.G.B. hat diesen Standpunkt verlassen. Es hat unter den Amtshandlungen einen engeren Kreis gezogen und nur jene als geeignete Objekte für den nach § 113 strafbaren Widerstand bezeichnet, die sich als „rechtmässige Amtsausübung des Vollzugsbeamten" darstellen. Und da sollte dieses Moment

---

[1]) Vergl. Olshausen, Anm. 8 zu § 186 und die dort angeführten Autoren, auch R.G. z. B. E. 9, 150, R. 6, 675.

der Rechtmässigkeit nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehören, da sollte es nur einen Strafausschliessungsgrund enthalten, in der Weise, dass es ganz gleichgültig ist, ob der Täter rechtmässiger oder unrechtmässiger Amtsausübung Widerstand zu leisten geglaubt hat: w a r sie rechtmässig, so wird aus § 113 bestraft; war sie unrechtmässig, so wird aus § 113 freigesprochen? Mit demselben Rechte hätte man für das Pr.St.G.B. behaupten können, der Täter brauche nur zu wissen, dass er einen Beamten vor sich habe, nicht aber auch, ob derselbe eine Amtshandlung vornehmen wolle; dies sei vielmehr bloss Strafbarkeitsmoment, sodass bei seinem Vorliegen unerbittlich gestraft, andernfalls freigesprochen werde. Man fühlt scheinbar garnicht, wie man dem deutlichen § 113 Gewalt antut, wie man ihn auf eine dem Preuss. § 89 analoge Fassung zurückschraubt:

„Wer einem Beamten .... in der Ausübung seines Amtes Widerstand leistet, wird bestraft.“

Nur dass man jetzt noch hinzufügt, — notgedrungen, weil nun einmal das „rechtmässig“ im Paragraphen sich findet —,

„sofern sich die Amtsausübung (bei der Beurteilung durch den Richter) als eine rechtmässige erweist.“ — Nein, wie der Begriff der Amtshandlung dem Pr. § 89 sein eigentümliches Gepräge gab, so dem § 113 die rechtmässige Amtsausübung. Nur wenn der Täter mit Bewusstsein i h r Widerstand leistet, kann er bestraft werden. Dies ist jedenfalls nach dem Wortlaut von § 113 und dem unserem St.G.B. zu Grunde liegenden Prinzip der natürlichste Sinn unseres Paragraphen, wie selbst die Gegener unserer Ansicht zugeben müssen. [1]) Um so mehr können

[1]) Vergl. R.G. E. 10, 431: Es handelte sich hier um den Verstrickungsbruch des § 137: „Wer Sachen, welche durch die zuständigen Beamten gepfändet sind, vorsätzlich bei Seite schafft, wird bestraft.“ Der Vorderrichter hatte trotz Bewusstsein des Täters von der Ungesetzlichkeit einer Pfändung Strafe verhängt. Das Reichsgericht erklärte demgegenüber: „ Es wird hierbei verkannt, dass der dolus g r u n d s ä t z l i c h auf alle in dem Deliktsbegriffe enthaltenen Umstände zu beziehen ist, was durch die Vorschrift des § 59 Abs. 1 St.G.B. noch besonderen Ausdruck erhalten hat...... W e n n d a s R e i c h s g e r i c h t i m F a l l e d e s § 113 u n d § 117 St.G.B. d a s B e w u s s t s e i n v o n d e r R e c h t m ä s s i g k e i t d e r A m t s a u s ü b u n g a l s z u m T a t b e s t a n d e d i e s e s V e r g e h e n s n i c h t e r f o r d e r l i c h e r a c h t e t h a t, s o b e r u h t d i e s a u f E r w ä g u n g e n, w e l c h e s i c h a u f d i e V e r h a n d l u n g e n ü b e r d a s e r s t i m R e i c h s t a g e a u f g e s t e l l t e u n d i n d a s G e s e t z ü b e r g e g a n g e n e R e q u i s i t d e r R e c h t m ä s s i g k e i t d e r A m t s a u s ü b u n g g r ü n d e n. Für den § 137 St.G.B. sind die allgemeinen Grundsätze über den dolus massgebend.“

wir aber von ihnen verlangen, dass sie für ein Abgehen von diesem Sinn überzeugende Gründe beibringen. Dies haben sie bisher nicht vermocht. Ihre Gründe, wie sie besonders in der Judikatur des Reichsgerichts[1]) aus der Parlamentsgeschichte und den Konsequenzen unserer Auslegung herangezogen sind, sind von Guggenheimer in seiner 1883 erschienenen Abhandlung widerlegt worden. [2])

Wenn wir nun aber auch die Rechtmässigkeit als Tatumstand im Sinne des § 59 anerkennen, so bleibt immerhin noch die Frage, wann von einem Nichtkennen der Rechtmässigkeit, wie es § 59 verlangt, gesprochen werden kann. Die Extreme dieser Frage sind unbestreitbar: Ist der Widerstandleistende von der Unrechtmässigkeit des amtlichen Vorgehens überzeugt, so ist er aus § 113 freizusprechen; hat er andererseits die Rechtmässigkeit mit seinem dolus eventualis umfasst, so ist er aus § 113 zu bestrafen.

Unklar ist nur das Gebiet des unentschiedenen Zweifelns. Die Möglichkeit seiner Existenz ist jedoch für den § 113 schlechthin zu leugnen. [3]) Wir wollen zwar nicht gleich eine Präsumtion der Legalität aufstellen, wie es auch für diese subjektive Seite des Merkmals der Rechtmässigkeit (ebenso wie für die objektive s. o. S. 41) vielfach versucht ist.[4]) Aber der Widerstandleistende muss doch, wenn er wirklich an der Rechtmässigkeit der Amtsausübung zweifelt, ohne dass er von der Unrechtmässigkeit gerade überzeugt ist, damit rechnen, dass der Beamte dank seiner vollkommeneren technischen Ausbildung und seiner reicheren praktischen Erfahrung die Grenzen eines rechtmässigen Verhaltens besser kennen und beobachten wird, als ein gewöhnlicher Laie. Er wird dies ganz unwillkürlich tun und so, falls seine Anhaltspunkte für die Unrechtmässigkeit nicht so überzeugend sind, dass sie ihn zu einem festen Glauben an dieselbe zu bringen vermögen, stets mit dem dolus

---

[1]) Vergl. die oben S. 118 Anm. 2 angegebenen Entscheidungen.

[2]) Guggenheimer, Irrtum des Täters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Vergehen des Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Inaug.-Diss. München 1883, insbesondere S. 23 ff. und S. 33 ff. Auch Eberhard (1897 S. 65 ff.) hat die Gründe der gegnerischen Ansicht bekämpft.

[3]) Ebenso Binding, Lehrb. II S. 780; Hiller, G.S. 27 S. 15 erkennt generell für § 59 nur die „Überzeugung von dem Gegenteil“ als das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ausschliessend an.

[4]) Vergl. Neumann, Goltd. Arch. 22 S. 224.

eventualis, rechtmässiger Amtsausübung zu widerstehen, handeln. [1])

Das Resultat unserer Erwägung also lautet kurz: Fester Glaube des Täters an die Unrechtmässigkeit steht einer Bestrafung aus § 113 entgegen.

---

[1]) Ausschliesslich von praktischen Erwägungen, von der Absicht geleitet, einer allzu leichtsinnigen Annahme der Unrechtmässigkeit entgegenzutreten, sucht Kohler (Stud. aus d. Strafr. I S. 74) die Frage in der Weise zu lösen, dass er meint: „Der Dolus ist dann gegeben, wenn jemand bewusstermassen einem öffentlichen Beamten Widerstand leistet, sofern er nicht ernsthafte Gründe hat, anzunehmen, dass er dem Beamten gegenüber in seinem Rechte sei, und diese Gründe müssen umsoernsthafterer Natur sein, je ernsthafter der Widerstand ist, welchen er dem Beamten entgegensetzt. Nur dann ist er in bona fide. — Ernsthaft sind diese Gründe aber auch dann, wenn der Täter bei tieferer Erwägung zu richtigerer Erkenntnis hätte gelangen können. Die ernsthafte Prüfung (im Gegensatz zur Frivolität) darf nicht mit einsichtsvoller, durchschlagender Prüfung verwechselt werden: Die ernsthafte Prüfung schliesst das Verschulden (die culpa) nicht aus, sie schliesst nur den Vorsatz, den dolus, aus." Es ist Kohler jedoch entgegenzuhalten, dass seine Ansicht im Gesetz (§ 59) nicht den geringsten Anhalt findet. Wenn jemand aus bestimmten Gründen eine Überzeugung gewinnt, so sind eben diese Gründe für ihn „ernsthaft", mögen sie auch anderen nicht als solche oder als nicht genügend ernsthafte erscheinen. Kohlers Behauptungen spielen viel mehr auf das prozessuale Gebiet hinüber, auf die Frage, wann dem Täter seine vorgeschützte „Überzeugung von der Unrechtmässigkeit" geglaubt werden braucht. Die richtige Handhabung dieser Frage ist es, welche in praxi einer allzu leichtfertigen Annahme der Unrechtmässigkeit steuern wird. Denn wenn der Täter gar keine einigermassen annehmbare Stützpunkte für seine behauptete Überzeugung angeben kann bezw. solche nicht ersichtlich sind, so wird er mit seinem Einwande eben kein Gehör finden.

Schlussbetrachtung.

Gedanken de lege ferenda.

Nunmehr treten wir an die Schlussfrage unserer Abhandlung: Ist das Resultat, welches wir im Wege der Auslegung als Inhalt unseres Gesetzes — in objektiver und subjektiver Beziehung — gefunden haben, ein befriedigendes, entspricht es dem deutschen Rechtsbewusstsein? Im Prinzip ist die Frage zu bejahen. Deutschland ist ein Rechtsstaat, das Gesetz der Mittelpunkt seines Rechtslebens. So war es zur Zeit der Schaffung des Reichsstrafgesetzbuchs, und so ist es auch heute noch. Mit Recht sehen die Untertanen im Gesetz das nach reiflicher Überlegung und vorsichtiger Interessenabwägung errichtete Bollwerk und den schützenden Damm gegen Willkür jeder Art. Und nun sollte gerade im Stadium der Vollstreckung dieser Charakter des Gesetzes verleugnet werden?

Unrecht bleibt Unrecht, auch wenn es irrtümlich zugefügt wird. Dieser Satz ist ein Grundelement des Rechtsstaatsbegriffs. Seiner Erkenntnis ist es zu danken, dass wir uns bezüglich des Notwehrrechts nach langen Kämpfen zu einem von jeder subjektiven Widerrechtlichkeit abstrahierenden Standpunkt durchgerungen haben, denn Notwehr ist nach der (nunmehr herrschenden [1]) Auslegung des § 53 diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, objektiv rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwehren. Auch gegen durchaus gutgläubige Angreifer, ja (nach manchen) selbst gegen Unzurechnungsfähige ist Notwehr zulässig. Wenn nun aber der Beamte wider Gesetz und Recht, wenn auch in gutem Glauben uns belästigt und angreift, so soll plötzlich der objektive Massstab fortfallen und etwa pflichtmässiges Ermessen des Beamten an seine Stelle treten? Mit welchem Recht? An sich ist auch der Staat samt seinen

[1] Vergl. Olshausen, Anm. 6 zu § 53.

Beamten an die Gesetze gebunden. Ja, die Untertanen haben sogar an der Beobachtung der Gesetze durch den Staat ein ganz besonderes Interesse, das um so grösser ist, je grösser die Macht- und Zwangsmittel sind, die dem Staate zu Gebote stehen. Ihre Grösse aber wird uns oft genug in drastischer Weise vor Augen geführt in Fällen, in denen, selbst bei korrekter Beobachtung der bestehenden Gesetze, das vollstreckungsamtliche Einschreiten, etwa des bewaffneten Polizeibeamten, zu schweren Körperverletzungen und selbst zu Tötungen von Personen führt, welche in Wirklichkeit an einem das Einschreiten des Beamten erforderndem Tun ganz unbeteiligt waren.

Wir erhalten also als oberstes Prinzip für die Neuregelung unserer Materie: Nur der Widerstand gegen gesetzmässige Amtshandlungen ist mit besonderer Strafe zu belegen.

Damit haben wir aber nur das Prinzip, noch nicht seine Durchführung. Diese ist vielmehr in verschiedener Weise denkbar. Denn für sie sind nicht nur die theoretischen Forderungen des Rechtsstaats zu berücksichtigen, sondern auch die wirksame Erfüllung der staatlichen Aufgaben, und es fragt sich deshalb de lege ferenda vor allem, ob diese nicht einen kräftigeren Schutz des Beamten erfordern, als ihn das bisherige Recht gewährte. Um für diese Frage die befriedigende praktische Antwort zu finden, erscheint es von Vorteil, zunächst kurz auf den Vorschlag einzugehen, welchen Max Ernst Mayer in den Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform [1]) veröffentlicht hat.

Mayer, der den Widerstand des § 113 und die Nötigung des § 114 im künftigen Strafgesetzbuche zu einem einzigen Deliktstatbestande vereinigen möchte (vergl. S. 458 und S. 466), [2]) geht aus von der Wahr-

---

[1]) Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. I. S. 493 ff. und S. 510 ff.

[2]) Wie dies bereits im § 96 des Mil.St.G.B. vom 20. Juni 1872 geschehen ist, welcher lautet: Wer es unternimmt einen Vorgesetzten mittels Gewalt oder Drohung an der Ausführung eines Dienstbefehls zu hindern oder zur Vornahme oder Unterlassung einer Diensthandlung zu nötigen, wird wegen Widersetzung .... bestraft. Dieselbe Strafe tritt ein, wenn die Handlung gegen die zur Unterstützung des Vorgesetzten befehligten oder zugezogenen Mannschaften begangen wird. (Vergl. auch schon die früheren Landesstrafgesetzbücher von Württemberg Art. 171 und Hannover Art. 156.) Daneben ist dann im § 97 der Fall des tätlichen Angriffs auf den Vorgesetzten geahndet, den auch Mayer gesondert wissen will.

nehmung, dass das bestehende Recht eine die Interessen der Bürger und Beamten in jeder Hinsicht gerecht abwägende Rechtsprechung nicht ermögliche. Eine solche sei auch im künftigen Recht nur dann zu erreichen, wenn die Gesichtspunkte, unter denen das Verhalten des Vollstreckungsbeamten recht oder unrecht erscheine (z. B. Amtspflichtmässigkeit, ungebührliches Verhalten bei der Ausführung), Einfluss gewänne auf die Beurteilung der Widersetzung, ohne dass die objektiven Kriterien (Gesetzmässigkeit der Amtshandlung), die jetzt allein massgebend seien, verdrängt würden. Da nun aber eine begriffliche Vereinigung dieser heterogenen Prinzipien praktisch unerreichbar sei, so müsse das Gesetz dem Richter die Freiheit geben, in jedem einzelnen Fall abzuwägen, ob z. B. das Interesse des Bürgers, sich vor dem Unrecht zu schützen, oder das des Vollstreckungsbeamten, als pflichttreues „Organ des Unrechts“ geschützt zu werden, mehr Gewicht habe (vergl. a. a. O. S. 448).

Das Vorbild für die praktische Durchführung dieses Gedankens findet Mayer (neben dem Dänischen, § 102) im Norwegischen Strafgesetzbuch. Dieses behandelt die in Frage kommenden Delikte in drei Paragraphen. Die beiden ersten finden sich (im 12. Kapitel) unter den „Verbrechen gegen die Staatsgewalt“ und lauten: [1])

> (§ 127 Abs. 1 und 2.) Wer einen öffentlichen Beamten durch Gewalt zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nötigen oder an einer solchen zu hindern sucht (oder wer dazu mitwirkt), wird ..... bestraft.
>
> Hat der Beamte durch ungebührliches Verhalten die Veranlassung zu dem Verbrechen gegeben, so ist (eine weit mildere Strafe) zu verhängen.[2]) Bei besonders mildernden Umständen kann in diesem Fall von jeder Strafe abgesehen werden.

---

[1]) Allgemeines bürgerliches Strafgesetz für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902, übersetzt von Prof. Rosenfeld und Prof. Urbye und herausgegeben in der „Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in Deutscher Übersetzung“ XX. Berlin 1904.

[2]) Der § 102 des Dänischen Strafgesetzbuchs, der ebenfalls einen solchen Milderungsfall kennt, wählt die etwas freiere Fassung, dass als Milderungsgrund der Umstand in Betracht zu ziehen sei, „dass der betreffende Beamte oder Bedienstete selbst durch sein Benehmen Anlass zu der Tat gegeben hat.“ (Vergl. Bittl, Allgemeines Bürgerliches Strafgesetzbuch für das Königreich Dänemark vom 10. Februar 1866, Bd. XVI der „Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in Deutscher Übersetzung“.)

(§ 128 Abs. 1.) Wer durch Drohungen (oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen) einen öffentlichen Beamten zur unrechtmässigen Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu bewegen sucht, (oder wer dazu mitwirkt), wird ..... bestraft.

Der dritte Paragraph ist unter die „Übertretungen gegen die Staatsgewalt" (34. Kapitel) eingereiht und besagt:

(§ 326 Abs. 1 Ziff. 1.) (Es) wird bestraft, wer einen Beamten (sc. durch andere Mittel als Gewalt, Drohung oder Bestechung) an der rechtmässigen Ausübung seines Amtes hindert oder zu hindern sucht oder sich weigert, ihm den Zutritt zu einem Orte zu gestatten, wo er dazu berechtigt ist, (oder wer dazu mitwirkt).

Das Norwegische Strafgesetzbuch unterscheidet also die Hinderung einer Amtshandlung durch Drohung oder andere Mittel ausser Gewalt und die Hinderung durch Gewalt: bei der ersteren ist das Merkmal der Rechtmässigkeit in den Deliktstatbestand aufgenommen, bei der letzteren dagegen durch Aufstellung eines durch ungebührliches Verhalten des Beamten bedingten Strafmilderungs- bezw. Strafausschliessungsgrundes ersetzt. Mayer möchte nun zwar im künftigen deutschen Strafgesetzbuch die Widerstands- und Nötigungsfälle anders gruppiert sehen, wie im norwegischen, nämlich in der Weise, dass der Erzwingung durch Drohung oder Gewalt die Hinderung durch Drohung oder Gewalt gegenübergestellt wird. Im übrigen aber nimmt er die vom genannten Gesetzbuch gegebene Anregung dankbar an, d. h. bezüglich der Hinderung einer Amtshandlung durch Drohung oder Gewalt (also in den für § 113 in Betracht kommenden Fällen) soll die strenge Alternative, ob rechtmässig oder rechtswidrig, aus dem Gesetz verbannt sein; [1]) der Richter soll beurteilen: Hat der Beamte durch sein (ungebührliches) Verhalten zu der (in erster Linie mit Strafe bedrohten Hinderung der Vornahme einer Amtshandlung die Veranlassung gegeben, so tritt Strafmilderung, bei besonders mildernden Umständen eventuell sogar Strafausschliessung ein.

Mayer glaubt mit dieser Regelung allen beachtenswerten Interessen gerecht werden zu können. Worauf es ihm vor allem ankommt, ist dies: in Fällen, in denen die Gerechtigkeit solches verlangt, auch dem

[1]) Die Erzwingung einer Amtshandlung durch Drohung oder Gewalt soll dagegen nur dann bestraft werden, wenn die zu erzwingende Amtshandlung widerrechtlich ist. (Vergl. S. 511 a. a. O.)

pflichtmässigen (wenn auch gesetzwidrigen) Handeln ebenso wie dem zwar gesetzmässigen, aber ungehörigen und zum Widerstand anreizenden Verhalten des Beamten genügende Berücksichtigung zu teil werden lassen. So bemerkt er zu dem vorgeschlagenen Strafmilderungsgrunde: „Hiernach ist vor allem das rechtswidrige Verhalten des Beamten als mildernder Umstand zu berücksichtigen, und zwar kann die mehr oder minder provozierende Art des unrechtmässigen Einschreitens, ebenso ein Irrtum des Beamten oder des Delinquenten in Rechnung gestellt werden" (während das offenkundig widerrechtliche Verhalten als Strafausschliessungsgrund zu gelten hat) a. a. O. S. 494. Schon in diesen Worten zeigt sich, dass M a y e r den Wert seines Vorschlags überschätzt. Denn wie kann man bei Anwendung seiner Regelung den eigentlichen Fall des Täterirrtums, nämlich den Fall eines unter der festen Annahme der Rechtswidrigkeit geleisteten Widerstands gegen in Wahrheit ganz gesetz- und ordnungsmässig vorgenommene Vollstreckung, als strafmildernden Fall berücksichtigen, wo doch ausdrücklich zum Vorliegen eines Milderungs- bezw. Strafausschliessungsgrundes verlangt wird, dass der Täter durch (wirklich, nicht bloss angenommen) rechtwidriges oder ungehöriges Benehmen des B e a m t e n zur Tat v e r a n l a s s t ist. Vor allem aber, und das gibt für die Ablehnung der M a y e r s c h e n Normierung den Ausschlag, darf man bei ihrer Bewertung nicht die bisherige Stellung von Theorie und Praxis zu den Fragen des Widerstandsdelikts ausser acht lassen. Wie verschieden diese sogar in manchen der wichtigsten und grundlegendsten Lehren ist, haben wir im Laufe der sachlichen Darstellung genügend betont: Die einen wollen Pflichtmässigkeit, die andern nur Gesetzmässigkeit des amtlichen Handelns entscheiden lassen. Nach Ansicht der einen genügt für die Rechtmässigkeit einer Vollstreckung auf höhere Anordnung der Befehl einer zuständigen Behörde, nach Ansicht der andern ist auch ein gesetzentsprechender Inhalt dieses Befehls erforderlich. Die einen strafen nur bei festgestelltem Bewusstsein der Rechtmässigkeit, die andern selbst bei festem Glauben an die Rechtswidrigkeit des amtlichen Vorgehens. Und das sind nur erst die auffallendsten Meinungsverschiedenheiten! Werden nun solche durch M a y e r s Vorschlag beseitigt? Im Gegenteil. Es wird ihnen sogar gleichsam ein gesetzlicher Schutzmantel umgehängt, insofern dem Richter g e s e t z l i c h die f r e i e Entscheidung darüber eingeräumt wird, ob die Rechtswidrigkeit trotz vorhandener Amtspflichtmässigkeit, die irrtümliche Annahme der Ungesetzlichkeit trotz im

wesentlichen vorliegender Gesetzmässigkeit im konkreten Fall als „besonders mildernder Umstand" Straflosigkeit zur Folge haben soll. Allerdings ist Mayer zuzugeben, dass die Schroffheit der genannten Gegensätze durch die vorgeschlagene Regelung erheblich abgeschwächt werden würde, zumal wenn im Falle der Strafmilderung, die nach Mayer bei Veranlassung der Tat durch ungebührliches Verhalten des Beamten stets Platz greifen soll, sofort die Verhängung von Geldstrafe statthaft wäre; [1]) es würde eben die Rechts- oder Ordnungswidrigkeit der Amtshandlung nicht mehr schablonenhaft nach der Gesetzmässigkeit beurteilt, sondern ihrem Grade nach unter Berücksichtigung aller vorliegenden Tatumstände gewürdigt und abgeschätzt werden. Immerhin aber würde jedenfalls, nach der jetzt herrschenden mannigfaltigen Verschiedenheit der Ansichten zu urteilen, einerseits eine bedauerliche Ungleichheit in der Rechtsprechung der einzelnen Gerichte unvermeidlich sein; andererseits würde eine empfindliche Unsicherheit im Rechtsleben des Bürgers um sich greifen: Der Beamte würde, sofern er sich nur nicht ganz offenbarer und grober Gesetzesverletzungen bewusst wäre, allzu oft gegen Widerspenstige von seinen Machtmitteln Gebrauch machen; der Bürger aber könnte nur bei ganz offenkundig widergesetzlichen oder grob ungehörigen Angriffen gegen sehr wichtige Rechtsgüter mit Bestimmtheit auf Straflosigkeit rechnen. Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, dass bei der von Mayer befürworteten Regelung von Anwendung unseres zu Anfang dieses Abschnitts festgestellten Grundsatzes kaum noch die Rede sein kann.

[1]) Wie es Norwegen vorgesehen hat; Norwegen verhängt (§ 127 Abs. 2) „Geldstrafe oder Gefängnis bis zu einem Jahre". Wenn nun auch nach § 27 des Gesetzes die Höhe der Geldstrafe zwischen 3 und 10 000 Kronen schwankt (1 Krone = 1,12 Reichsmark), so ist doch andererseits die Verhängung selbst in den §§ 27, 28 in einer den Delinquenten sehr schonenden Weise geregelt: Schon bei der Verurteilung soll auf die Vermögensverhältnisse des Verurteilten, sowie darauf, was er nach seinem Lebensverhältnissen mutmasslich zahlen kann, besondere Rücksicht genommen werden. Nach näheren vom Könige zu erlassenden Vorschriften kann ratenweise Abzahlung der auferlegten Geldstrafe oder Abverdienung durch Arbeit im Dienste des Staates oder der Gemeinde gestattet werden. Und wenn die Geldstrafe nicht bezahlt oder abverdient wird, so ist sie doch nur dann beizutreiben, wenn nicht anzunehmen ist, dass hierdurch den Vermögens- und Erwerbsverhältnissen des Verurteilten fühlbarer Abbruch geschehen würde. Schliesslich ist auch für die Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe noch ein weitgehendes richterliches Ermessen vorgesehen, insofern im Urteil einer Gefängnisstrafe von einem Tage bis zu 3 (in besonderen Fällen bis zu $1^1/_2$) Monaten festzusetzen ist, die eintritt, wenn die Geldstrafe auf keine der vorstehenden Arten abgetragen wird.

Alle diese Bedenken führen uns zur Ablehnung des gemachten Vorschlags.

Dennoch ist dieser nicht ohne Wert. Gerade die ihm von Mayer gegebene Begründung enthält Gedanken, die auch uns eine Abänderung des bestehenden Rechts als wünschenswert erscheinen lassen. Allerdings können wir die Entscheidung des durch unsern Deliktstatbestand sich hindurchziehenden Zwiespalts zwischen Amtspflichtmässigkeit und Gesetzwidrigkeit nur im Sinne der letzteren billigen. Die entgegengesetzte Regelung würde sich in offenen Widerspruch zu den Grundsätzen des Rechtsstaats setzen (s. o. S. 123 f.). Aber nicht wollen wir leugnen (vergl. Mayer S. 495 a. a. O.), dass vielfach auch der Widerstand gegen unrechtmässige Amtshandlungen nicht legitimiert, sondern dem Widerstand gegen rechtmässige Amtsausübung völlig gleich zu achten ist. v. Kirchenheim hatte nicht Unrecht, als er im G.S. XXX (freilich in spezieller Berücksichtigung des dienstpflichtig vollstreckenden Unterbeamten) mit bitterer Ironie die Worte schrieb: „Ein Blick auf die im praktischen Leben vorkommenden Fälle zeigt, dass nicht das Rechtsgefühl des Volkes sich beim Widerstande geltend macht, dass es oft erst das „Rechtsbewusstsein" der Verteidiger ist, welches die Möglichkeit der Straflosigkeit entdeckt, und dass der Widerstandleistende — ich möchte sagen, aus einen gewissen staatsbürgerlichen Verneinungstriebe, sog. Oppositionsgeiste, handelt." Aber seine Worte gelten nicht nur für die letzteren Fälle, sondern ebenso auch für jene, in denen der Bürger bloss aus dem natürlichen Wunsche heraus, sich im ungeschmälerten Besitz seines gefährdeten Rechtsguts (der Freiheit, des zu pfändenden Geldes u. s. w.) zu erhalten, oder lediglich durch ungebührliches, rohes, zum Widerstand reizendes Benehmen des Beamten zur Tat veranlasst Widerstand geleistet hat und nun nachträglich eine vorher nicht gekannte Rechtswidrigkeit des amtlichen Vorgehens nachweist. In solchen Fällen, die überhaupt auf den Fall verallgemeinert werden können, dass der Täter nicht durch die Rechtswidrigkeit der Amtshandlung zur Tat veranlasst ist, erscheint der Widerstandleistende der ihm durch das bestehende Recht zugebilligten Straflosigkeit nicht wert. Hier nimmt wirklich die Regelung des § 113 einen ungerecht schablonenhaften Charakter an, wie Mayer (a. a. O. S. 511) rügt, und deshalb schlagen wir für das künftige Strafgesetzbuch die Fassung vor:

„Wer einem Beamten ..... Widerstand leistet, ohne durch

Gesetzwidrigkeit der Amtshandlung dazu veranlasst zu sein, wird .... bestraft."

Dazu muss aber aus gleich zu nennenden Gründen als Absatz 2 hinzugefügt werden:

„Irrtümliche Annahme einer solchen Gesetzwidrigkeit schliesst die Strafbarkeit aus."

Durch diese Formulierung wird das richtige, eines Rechtsstaats würdige Verhältnis zwischen Staatsgewalt, Beamten und Bürger geschaffen. Die Aufgaben der Staatsgewalt werden als die wichtigeren, als die wegen ihres öffentlichen, das Wohl der Allgemeinheit bezweckenden Charakters die Einzelinteressen des Bürgers überragenden anerkannt. Als einziges, aber gerechtes Mass dieser Anerkennung werden die von Staat und Volk vereinbarten Rechtsgarantien, die Gesetze, aufgestellt — aber nicht in jener idealen Übertreibung, die das bestehende Recht zeigt: Nur Mass und Grenze für die staatlichen Anforderungen an den Untertanen soll das Gesetz bilden, nicht das schablonenhafte Wertzeichen, nach welchem der Richter die Tauglichkeit der Amtshandlung als Objekt eines zu strafenden oder straffrei zu lassenden Widerstandes zu beurteilen hat. — Deshalb kann zwar der Staat vom Untertanen nicht verlangen, dass er sich gesetzwidrige Massnahmen der staatlichen Organe ruhig gefallen lässt; wohl aber kann er beanspruchen, dass der Untertan, wenn er keinen Grund findet, an der Gesetzlichkeit des amtlichen Vorgehens zu zweifeln, sich vor der Autorität des Staates beugt und Gehorsam leistet. Verweigert der Untertan selbst dies, leistet er Widerstand, ohne durch Gesetzwidrigkeit der Amtshandlung dazu veranlasst zu sein, so macht er sich eines Vergehens gegen die Staatsgewalt schuldig und ist zu strafen.

Bei dieser Regelung aber wird mehr noch als im bisherigen Recht, der Irrtum des Täters relevant. War der Täter der festen Meinung, einer gesetzwidrigen Vollstreckung zu widerstehen, so fehlt seiner Handlung gerade das ihre Strafbarkeit bedingende Moment. Denn, wenn auch in andere Form gekleidet, so bleibt auch bei der vorgeschlagenen Normierung die Gesetzmässigkeit sachlich das spezifische Kennzeichen des Tatbestandes: Lediglich eine nicht gekannte Gesetzwidrigkeit soll ausser Betracht bleiben. Da nun aber die vorgeschlagene Fassung des Abs. 1 leicht einer Nichtberücksichtigung des Täterirrtums Vorschub

leisten könnte, so ist eine besondere Bestimmung des Inhalts erforderlich (s. o. Abs. 2), dass ein durch irrtümliche Annahme der Ungesetzlichkeit veranlasster Widerstand straflos ausgeht.

So geordnet, gewährt die Widerstandsbestimmung auch dem Beamten einen grösseren Schutz: Nur gegen gutgläubige Widersetzung ist ihm alsdann der Beistand des Gesetzes versagt, nicht mehr gegen jede, von der sich später herausstellt, dass sie, wenn auch unbewusst, gegen gesetzwidrige Massnahmen gerichtet war.

Bezüglich der praktischen Handhabung schliesslich der vorgeschlagenen Bestimmung ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Gesetzwidrigkeit der Amtshandlung nicht die einzige oder auch nur wirksamste Anregung zur Tat gewesen zu sein braucht. Dies dürfte sogar in der Mehrzahl der Fälle nicht der Fall sein, sondern die kräftigste auf Widerstand hindrängende Triebkraft etwa in den unangenehmen Folgen der Durchführung der Vollstreckung oder in dem rücksichtslosen, provozierenden Benehmen des Beamten zu suchen sein. Gerade deshalb haben wir den allgemeineren Ausdruck „veranlassen" vor spezielleren wie „bestimmen, bewegen" den Vorzug gegeben: Es genügt, dass die Gesetzwidrigkeit dem Täter als das einen berechtigten Widerstand ermöglichende Moment vorgeschwebt und dadurch auf seinen Entschluss, zu widersprechen, entscheidend eingewirkt hat. Ist selbst dies nicht der Fall, hat der Täter den gesetzwidrigen Mangel der Amtshandlung zwar gekannt, aber nicht in seiner einen Widerstand rechtfertigenden Bedeutung erkannt, so bleibt er auch nicht straffrei: Blosses Kennen der Gesetzwidrigkeit schliesst die Widerstandsstrafe nicht aus.

Bei unseren Abänderungsvorschlägen haben wir nun bisher nur das Gebiet der gesetzwidrigen Amtshandlung berücksichtigt. Wir halten aber auch für das Gebiet des bloss ordnungswidrigen, ungehörigen Verfahrens des Beamten eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes für empfehlenswert. Freilich ist die Berücksichtigung der Ordnungswidrigkeit beim Widersetzungsdelikt nichts neues, geschweige denn eine Errungenschaft des modernsten Rechts, wie es nach Mayers Ausführungen (a. a. O. S. 494 ff. und 510 ff.) den Anschein haben könnte. Sie findet sich vielmehr schon in den ehemaligen Landesstrafgesetzbüchern (Baden § 617, Württemberg Art. 174), neben objektiver Zu-

ständigkeit oder strafmildernder bezw. strafausschliessender Ungesetzlichkeit (vergl. auch Nassau Art. 176 und Hessen Art. 176), und auch nach bisherigem Recht konnte die Ordnungswidrigkeit als strafmildernd in Betracht gezogen werden dank der allgemeinen Bestimmung des § 113 Abs. 2:

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt (ein niedrigere Strafe) ein.

Etwas neues würde also nur in der Anerkennung einer durch Ordnungswidrigkeit bedingten Straflosigkeit liegen. Wir möchten eine solche aber für besonders schwere Fälle dringend empfehlen. Wenn z. B. der Beamte in hochgradiger Trunkenheit ganz grob ungebührlich bei der Vollstreckung verfährt und hierdurch das (ohnehin vielleicht schnell erregbare) Temperament des Betroffenen hinreisst, so erscheint bisweilen ein Widerstand als fast unwillkürliche Wirkung einer starken und berechtigten inneren Erregung, jedenfalls aber einer auf „Widerstand gegen die Staatsgewalt" gesetzten Strafe nicht wert. Immerhin darf aber das Zugeständnis eventueller gänzlicher Straflosigkeit nicht auf andere Milderungsgründe (als die in der Tätigkeit des Beamten vorliegende Ungebührlichkeit) ausgedehnt werden.

Wir erhalten somit als die für das künftige Strafgesetzbuch zu empfehlende Fassung des Merkmals der Rechtmässigkeit:

Wer einem Beamten ..... Widerstand leistet, ohne durch Gesetzwidrigkeit der Amtshandlung dazu veranlasst zu sein, wird bestraft.

Irrtümliche Annahme einer solchen Gesetzwidrigkeit schliesst die Strafbarkeit aus.

Liegen mildernde Umstände vor, ist insbesondere der Täter durch ungehöriges Benehmen des Beamten zum Widerstand gereizt, so tritt (eine mildere Strafe) ein; auch kann bei besonders grober Ungehörigkeit von Strafe abgesehen werden.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. von **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg, Prof. Dr. **A. Frh. v. Overbeck,** Freiburg (Schweiz), Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 97.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse,

welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern

dargestellt nach deutschem und französischem Recht.

Von

Dr. jur. Robert Redslob.

BRESLAU 1909.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse,

welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern,

dargestellt nach deutschem und französischem Recht.

Von

Dr. jur. Robert Redslob.

BRESLAU 1909.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen

von

Professor Dr. van Calker,
Strassburg i. Els.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Literatur.

a) Deutsches Recht.

v. Bar: Die Schuld nach dem Strafgesetz. 1907.
Beling: Lehre vom Verbrechen. 1907.
Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1898.
Binding: Grundriss des deutschen Strafrechts. 1902.
Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1902 f.
Binding: Handbuch des Strafrechts. I. Band. 1885.
Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881 f.
v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871 f.
v. Holtzendorffs Rechtslexikon. 1880.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1905.
H. Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1888.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1907.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1871.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1903.
Olshausen: Commentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1897.
Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1891.
Rubo: Commentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1879.
Rüdorff: Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1892.
v. Schwarze: Commentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1879.

Büll: Der Einfluss persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme.
Doerr: Der Einfluss persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme. In den Blättern für Rechtsanwendung. 1906, p. 342 f.
Frank: Rechtsprechung des Reichsgerichts. In der Zeitschrift für die allgemeine Strafrechtswissenschaft. Band XIV, p. 354 f.
Goltdammer: Über Miturheberschaft und generelle und specielle Teilnahme. Im Archiv für preussisches Strafrecht. Band VIII, p. 721 f.
Herzog: Zur Lehre von der Teilnahme. In der allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung. 1872, p. 220 f.

Höpfner: Bemerkungen zu Belings Lehre von der Teilnahme. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Band XXVII, p. 465 f.

John: Kritiken strafrechtlicher Entscheidungen des preussischen Obertribunals. 1866.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht. 1890.

Kohler: Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen. Im Archiv für Strafrecht. Band LI, p. 169 f.

Krug: Die besonderen Umstände der Teilnehmer. 1899.

H. Meyer: Die Gerechtigkeit im Strafrecht. Im Gerichtssaal. 1881, p. 129 f.

Ortmann: Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Im Archiv für preussisches Strafrecht. Band XXII, p. 390 f.

b) Französisches Recht.

Bertauld: Cours de droit pénal. 1873.

Blanche: Etude pratique sur le Code Pénal. 1864.

Boitard: Leçons de droit criminel.

Chauveau et Faustin Hélie: Théorie de droit pénal. 1872.

Dalloz: Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence. Volume XI verbo „complice". 1849.

Dalloz: Supplément au Répertoire. Volume III eod. l. 1888.

Garçon: Code Pénal. 1901.

Garraud: Traité de droit pénal français. 1888.

Haus: Principes généraux du droit pénal belge. 1879.

Laborde: Cours de droit criminel.

Le Sellyer: Traité de la Criminalité. 1844.

Molinier et Vidal: Traité théorique et pratique du droit pénal.

Morin: Répertorie général de droit criminel. Volume I verbo „complicité". 1850.

Ortolan: Eléments de droit pénal. 1875.

Trébutien: Cours élémentaire du droit criminel. 1878.

Villey: Précis d'un cours de droit criminel. 1877.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. § 1. Das Problem 1
B. § 2. Die Geschichte der Gesetzgebung 4
C. I. **Die Konstruktion bei der Teilnahme.**
a) § 3. Interpretation des § 50. 8
b) Fortsetzung der Interpretation des § 50. Das „persönliche" Moment.
§ 4. Die möglichen Theorien 14
1. Die bisherige Lehre.
α) § 5. Die Definition der persönlichen Umstände durch eine kausale Beziehung. Krug. 19
β) § 6. Die Definition der persönlichen Umstände als Willensmomente. Birkmeyer. Die französische Literatur. Kohler. 30
2. Die eigene Theorie.
Die persönliche Anrechnung der Willensmomente.
aa) Das Prinzip.
§ 7. Die strafändernden Willensmomente 45
αα) Die persönliche Anrechnung des besonderen Willensinhalts.
a) § 8. Die persönliche Anrechnung des besonderen Gegenmotivs 46
b) § 9. Die persönliche Anrechnung des besonderen Motivs 51
ββ) § 10. Die persönliche Anrechnung der besonderen Willensintensität 55
bb) Die Anwendung des Prinzips auf das Gesetz.
αα) § 11. Die strafändernden Gegenmotive im Gesetz . . 57
ββ) § 12. Die strafändernden Motive im Gesetz 60
γγ) § 13. Die strafändernden Willensintensitäten im Gesetz. 66
II. § 14. **Die Konstruktion bei der Mittäterschaft** 73
D. § 15. Die künftige Gesetzgebung 75



A. Das Problem.

§ 1.

Eine deliktische Handlung besteht wie eine jede Handlung aus einer Willensbetätigung und einem durch sie verursachten Erfolg. Die Willensbetätigung ihrerseits setzt sich zusammen aus den Motiven, das heisst Vorstellungen von Veränderungen in der Aussenwelt, die einen Willensimpuls auslösen, und dem körperlichen Verhalten, welches daraus entsteht. Man kann also beim Delikt die Willensseite und die Tatseite unterscheiden. Unter die Willensphänomene fällt die Bildung der Motive, bis zu dem Moment, wo der Willensimpuls von ihnen ausgeht, — unter die Tat fallen die Veränderungen in der Aussenwelt, die mit der menschlichen Betätigung ihren Anfang nehmen.

Die Verantwortlichkeit für ein Delikt bedeutet somit die Verantwortlichkeit für einen Willen und für eine Tat.

Man setze nun den Fall, dass ein strafrechtlich relevanter Erfolg durch mehrere Handlungssubjekte herbeigeführt wird. Hier drängt sich sofort mit dem Anspruch auf prinzipielle Geltung der Satz auf, dass ein jeder nur für seinen eigenen Willen und für seine eigene Tat verantwortlich gemacht werden kann.

Wir können dieses Prinzip unbedenklich auf die Fälle der Nebentäterschaft und der intellektuellen Urheberschaft anwenden.[1])

---

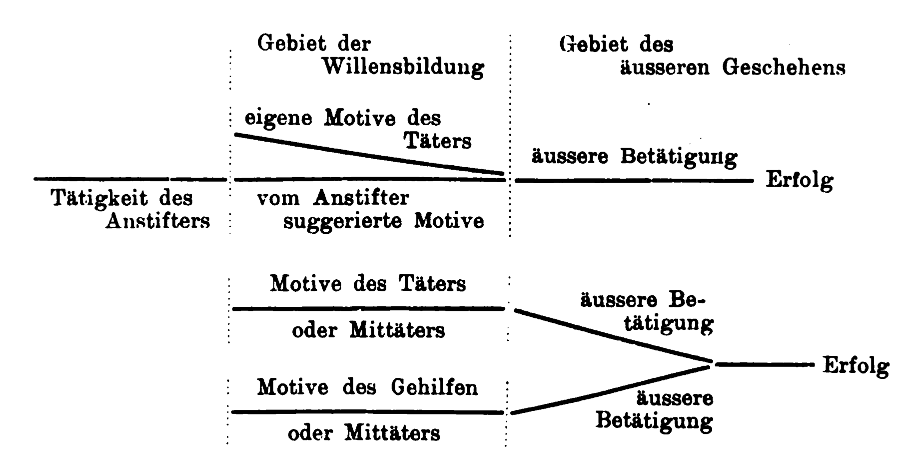
[1]) Vergl. über diese Begriffe v. Liszt, p. 222, 224.

Wenn mehrere den Tod eines Menschen durch Fahrlässigkeit verursachen und nur der eine unter ihnen zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so trifft ihn allein die höhere Strafe des § 222 II. Wenn mehrere gleichzeitig und vorsätzlich, aber ohne das Bewusstsein des Zusammenwirkens einem andern ein und dieselbe Körperverletzung zufügen und der eine von ihnen sich hierbei eines gefährlichen Werkzeuges bedient, so ist nur ihm eine qualifizierte Körperverletzung nach § 223 a zur Last zu legen.

In den Fällen der intellektuellen Urheberschaft ist davon auszugehen, dass die Mittelsperson rechtlich wie ein lebloses Werkzeug behandelt und ihre Tat demgemäss als Tat des Urhebers angesehen wird. Wer also in mittelbarer Täterschaft einen Diebstahl in der Weise verübt, dass die Mittelsperson, nicht aber er selber in ein Gebäude einsteigt, wird wegen schweren Diebstahls nach § 243 zur Verantwortung gezogen. Insofern muss allerdings das aufgestellte Prinzip der eigentümlichen Natur der mittelbaren Täterschaft weichen. Hingegen macht sich der Täter durch die intellektuelle Urheberschaft nicht den Willen der Mittelsperson zu eigen, und demnach bleibt z. B. ihr jugendliches Alter oder im Falle der Urkundenfälschung ihre schädigende Absicht ohne Einfluss auf seine Strafbarkeit.

Anders in den Fällen der Mittäterschaft und der Teilnahme.

Diese Deliktsformen haben mit der Nebentäterschaft das gemein, dass der massgebende Erfolg durch die Aktivität mehrerer Subjekte herbeigeführt wird. Und zwar liegt bei der Anstiftung der Vereinigungspunkt beider Aktivitäten in der Phase der Willensbildung des Täters, indem hier die von dem Täter ausgehenden und die ihm von dem Anstifter suggerierten Motive sich vereinigen, um die Wirksamkeit des Täters auszulösen; bei der Mittäterschaft und der Beihilfe dagegen findet die Vereinigung der verschiedenen Aktivitäten erst später, in der Phase der äusseren Wirksamkeit der beteiligten Subjekte statt, wo alsdann diese Aktivitäten durch gemeinsame Verursachung rein äusserer Veränderungen den Erfolg erzeugen. Diese Verhältnisse seien durch folgendes Schema veranschaulicht.



Die Mittäterschaft und die Beihilfe unterscheiden sich aber von der Nebentäterschaft, indem sie bei dem Gehilfen und dem Mittäter das Bewusstsein voraussetzen, dass der massgebende Erfolg nicht durch die eigene Handlung allein, sondern erst vermöge der mitwirkenden Handlungen anderer herbeigeführt werde.

Wenn aber die Mittäter und Teilnehmer demgemäss die Handlungen anderer neben ihrer eigenen Handlung in ihren verbrecherischen Plan einbeziehen und die eigene Aktivität bewusst zum integrierenden Bestandteil einer Verbindung von Aktivitäten machen, die in ihrer Gemeinsamkeit den Erfolg herbeiführen, so ist es fraglich, ob hier das zu Grunde gelegte Prinzip aufrecht erhalten werden kann und ob nicht die Mittäter und Teilnehmer durch dies bewusst gemeinsame Handeln mit anderen Subjekten sich auch für den Willen und die Tat dieser fremden Subjekte verantwortlich machen. Ist z. B. im Falle eines Diebstahls mit Einbruch der Gehilfe auch dann nach § 243 zu bestrafen, wenn er nur zu der Wegnahme, nicht aber zum Einbruch Hilfe geleistet hat? Oder ist der Anstifter zu einer Kindesunterschiebung für den qualifizierten Fall dieses Deliktes haftbar, wenn der Angestiftete, nicht aber er selbst in gewinnsüchtiger Absicht gehandelt hat?

Es soll im folgenden untersucht werden, in welcher Weise die Gesetzgebungen zu dieser Frage Stellung genommen haben. Und hier zwingen uns systematische Gründe, die Teilnahme — Anstiftung und Beihilfe — getrennt von der Mittäterschaft zu behandeln.

B. Die Geschichte der Gesetzgebung.

§ 2.

Der Code Pénal in Frankreich [1]) wie in Belgien,[2]) die deutschen Partikularrechte,[3]) die dem Strafgesetzbuch vorausgingen, und endlich das Strafgesetzbuch [4]) selbst machen den Teilnehmer grundsätzlich für die Handlung des Täters verantwortlich, indem sie der Deliktsform der Teilnahme eine akzessorische Natur verleihen. Dieser akzessorische Charakter besteht nämlich darin, dass es eine strafbare Teilnahme nur geben kann, wenn eine strafbare Haupttat vorliegt. Die Teilnahme entlehnt also ihre Strafbarkeit aus der Haupttat; und damit ist zugleich gesagt, dass eine selbständige Verantwortlichkeit für die Teilnahme nicht besteht, dass vielmehr der Teilnehmer in der Weise haftbar gemacht wird, dass man die Verantwortlichkeit des Haupttäters auf ihn überträgt; es bemisst sich die Verantwortlichkeit des Anstifters und Gehilfen nicht nach seinem eigenen Willen und nach seiner eigenen Tat, sondern nach dem Willen und der Tat des Haupttäters. Wenn also das Prinzip von der akzessorischen Natur der Teilnahme uneingeschränkte Geltung hat, so ist z. B. in den angeführten Beispielen der Gehilfe für schweren Diebstahl haftbar, auch wenn er an dem Einbruch sich nicht beteiligt hat, und die gewinnsüchtige Absicht des Haupttäters einer Kindesunterschiebung erhöht auch die Strafbarkeit des Anstifters ohne Rücksicht auf seine eigene Absicht; es ist ferner der Gehilfe als Räuber zu bestrafen, auch wenn sich seine Unterstützung auf die Handlung des Diebstahls beschränkt hat, und es ist der Anstifter schon wegen Mordes zu bestrafen,

---

[1]) Art. 59 f.

[2]) Art. 66 f.

[3]) So das preussische Strafgesetzbuch von 1851, art. 34 f.; das Strafgesetzbuch für Oldenburg von 1858, art. 31 f.; das Strafgesetzbuch für Lübeck von 1863, art. 33 f.; das sächsische Strafgesetzbuch von 1868, art. 50 f.; das Strafgesetzbuch der thüringischen Staaten von 1849, art. 31 f.; das Strafgesetzbuch für Braunschweig von 1863, art. 41 f.; das Criminalgesetzbuch für Hamburg von 1869, art. 38 f.; das bayerische Strafgesetzbuch von 1864, art. 52 f.

[4]) Art. 47 f.

wenn nur der Angestiftete mit Überlegung gehandelt hat.[1]) In dieser Weise hat die französische Praxis und nach mehrfachem Schwanken auch die preussische Praxis die strengen Konsequenzen aus der akzessorischen Natur der Teilnahme gezogen.[2])

Verschiedene Gesetzgebungen haben nun dieses starre Prinzip mit Ausnahmen durchbrochen. Sie unterscheiden zwei Arten von Handlungselementen und machen den Teilnehmer für die einen akzessorisch, für die andern hingegen selbständig haftbar; der Teilnehmer ist also für die Umstände der einen Art schon verantwortlich, wenn sie zur Handlung des Haupttäters gehören, für die Umstände der andern Art hingegen nur dann, wenn sie einen Bestandteil seiner eigenen Handlung bilden. In welcher Weise ist nun die Grenze zwischen diesen beiden Arten von Handlungselementen gezogen?

Nach dem sächsischen Gesetzbuch kommen bei der Beurteilung des Gehilfen nicht in Betracht „Milderungsgründe und Erschwerungsgründe, welche sich auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Urhebers gründen, ohne der Tat selbst nach dem Gesetzbuch eine andere strafrechtliche Natur beizulegen, ingleichen Strafausschliessungsgründe, welche sich auf die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Urhebers gründen“ (art. 55 IV).

Das Hamburger Recht bestimmt: „Die aus den persönlichen Verhältnissen eines Mitschuldigen sich ergebenden besonderen Eigenschaften der Tat, sowie die in dessen Person liegenden besonderen Zumessungs- oder Milderungsgründe sind für die übrigen Mitschuldigen ohne Einfluss, vielmehr ist deren Strafbarkeit lediglich nach den bei ihnen selbst in Betracht kommenden Gründen dieser Art zu beurteilen“ (art. 51).

Das belgische Strafgesetz — der französische Code Pénal in verbesserter Gestalt — sagt im art. 69: „Les complices d'un crime

---

[1]) Es ist hier, wie in den späteren Beispielen immer stillschweigend vorausgesetzt, dass der Vorsatz des Teilnehmers die gesamte Handlung des Täters umfasst, d. h. nicht allein die Tatmomente, — sähe er diese nicht voraus, so entstände überhaupt keine Teilnahme — sondern auch die Willensmomente.

[2]) Vergl. Dalloz: Répertoire, Band XI, p. 451 f.; Supplement-Band III, p. 188 f. — Goltdammers Archiv, Band VIII, p. 721 f.; John, p. 1 f.

seront punis de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient, s'ils étaient auteurs de ce crime".

Der erste Entwurf des deutschen Strafgesetzbuchs enthielt in § 41 im dritten Absatz folgende Bestimmung: „Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Tat wegen besonderer in der Person des Täters liegenden Eigenschaften oder Verhältnissen erhöht oder vermindert, so sind diese die besondere Strafbarkeit bedingenden Umstände nur bei demjenigen Täter oder Teilnehmer in Betracht zu ziehen, bei dem sie vorliegen".

Die Motive zu diesem Rechtssatz lauten dermassen: „Der Schlussabsatz des § 41, welcher Vorschriften darüber gibt, welchen Einfluss persönliche Eigenschaften des Täters oder des Teilnehmers auf die Strafbarkeit ausüben, will eine bekannte Kontroverse im Sinne des Bremischen Entwurfs von 1868 § 82 entscheiden. Diese Bestimmung enthält eine weitere Modifikation des an die Spitze des Paragraphen gestellten Grundsatzes — »nämlich des Prinzips von der akzessorischen Natur« — und entspricht damit derjenigen Auffassung, von welcher das preussische Strafgesetzbuch bei den für den Kindesmord und den von Aszendenten gegen Kinder verübten Diebstahl gegebenen Bestimmungen ausgegangen ist... Zur Begründung der Bestimmung kann hier auf die Bremischen Motive von 1868 § 47 ff. Bezug genommen werden."

Der § 82 des Bremischen Entwurfs enthielt folgenden Rechtssatz: „Die auf die Strafbarkeit der Tat Einfluss übenden besonderen Umstände, welche nur in der Person des einen oder anderen Urhebers oder Teilnehmers vorhanden sind, sollen bei der Beurteilung der Strafbarkeit der übrigen weder zum Vorteile noch zum Nachteile derselben in Betracht gezogen werden, soweit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt."

Die Motive führen hierzu folgendes an: „Die im § 82 ausgesprochene Regel umfasst zwei Fälle, sowohl den, wo die Handlung nicht allgemein, vielmehr nur unter der Voraussetzung einer besonderen persönlichen Eigenschaft des Handelnden strafbar ist, als den andern, wo die Handlung allgemein strafbar ist und nur in der Person des einen oder andern Täters oder Teilnehmers besondere Umstände vorhanden sind, die auf die Zurechnung oder den Grad der Strafbarkeit Einfluss haben. Jeder soll nur aus seiner Person, aus seinem strafrechtlichen Verhält-

nisse zur Tat beurteilt werden... Und wo die von mehreren begangene oder beförderte Tat von dem persönlichen Standpunkt des einen als qualifiziert erscheint, einer höheren oder milderen, schwereren oder leichteren Strafe unterliegt, da soll dies bei der Bestrafung des anderen, der diesen persönlichen Standpunkt nicht teilt, nicht in Anschlag gebracht werden."

Der zweite Entwurf gestaltete den dritten Absatz im § 41 des ersten Entwurfs zu einem selbständigen Paragraphen (§ 48) und gab ihm folgenden Inhalt, welcher im § 50 des Gesetzes beibehalten ist:

„Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer (Mittäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen."

In der Begründung zu diesem Paragraphen heisst es: „Die strafbare Handlung, an welcher mehrere Personen teilgenommen, kann gegenüber den einzelnen Teilnehmern in Bezug auf ihren rechtlichen Charakter und die durch ihn bedingte Schwere derselben eine verschiedenartige sein, je nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, in denen der Täter sich befindet, z. B. bei der Teilnahme eines Dritten an einem von jemandem gegen einen Verwandten aufsteigender Linie begangenen Totschlag; die Tat ist gegenüber dem Dritten ein einfacher Totschlag, gegenüber dem Täter ein qualifizierter. Der Entwurf hat angenommen, dass in einem solchen Falle jeder Teilnehmer nach dem Gesetz bestraft werden soll, welches auf seine Tat, ohne Rücksicht auf die besonderen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse der übrigen Teilnehmer, Anwendung leidet, und auch hierdurch den allgemeinen Satz zur Geltung bringen wollen, dass ein jeder lediglich nach dem Grade „seiner" Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werden soll."

Gehen wir nunmehr von der Teilnahme zu der Mittäterschaft über. Es ist sofort deutlich, dass ein akzessorischer Charakter dieser Deliktsform undenkbar ist. Denn es liegt im Wesen der Mittäterschaft, dass die Handlungen der Mittäter unter sich in

einem gleichen Wertverhältnis stehen, und wollte man ihnen eine abhängige Natur zuschreiben, so gäbe es demnach keine Haupthandlung mehr, von welcher sie abhängen könnten.

Damit ergibt sich, dass bei der Mittäterschaft, im Unterschied zu der Teilnahme, keine förmliche Gesetzesbestimmung den aufgestellten Grundsatz durchbricht, nach welchem ein jeder nur für seinen eigenen Willen und seine eigene Tat verantwortlich ist. Einzelne Gesetzgebungen ziehen sogar in gewisser Richtung ausdrücklich die Konsequenzen aus diesem Grundsatz für die Mittäterschaft.

So bestimmt § 51 II des sächsischen Gesetzbuchs: „In Fällen, wo die Tat für verschiedene Miturheber vermöge der persönlichen Verhältnisse oder der besonderen Willensrichtung eines jeden eine verschiedene strafrechtliche Natur hat, wird jeder Miturheber wegen desjenigen Verbrechens bestraft, welches ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen oder seiner Willensrichtung zur Last fällt.“ Es begreift weiter das Hamburger Recht unter dem zitierten art. 51 und das deutsche Strafgesetzbuch unter dem zitierten § 50 nicht nur die Anstifter und Gehilfen, sondern auch die Mittäter.

Mit Hilfe dieses Materials gehen wir zur Interpretation des § 50 des Strafgesetzbuches über und behandeln ihn zunächst nur unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme, indem wir seine Bedeutung für die Mittäterschaft späterer Darstellung vorbehalten.

C.

I. Die Konstruktion bei der Teilnahme.

a) Interpretation des § 50.

§ 3.

Der § 50 fordert die gesonderte Beurteilung der Teilnehmer hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. Daraus ergibt sich durch argumentum e contrario, dass für diejenigen Umstände, welche die Strafbarkeit begründen, — wir können sie als die strafentscheidenden im Gegensatz zu den strafändernden Momenten bezeichnen — das Prinzip von der akzessorischen Natur der Teil-

nahme unverändert in Geltung bleibt. Diese Umstände sind demnach, wenn sie bei dem Täter vorliegen, auch dem Teilnehmer anzurechnen: Wer als Gehilfe sich an der Fälschung der Urkunde, nicht aber an den Handlungen beteiligt, durch welche von der Urkunde zum Zweck der Täuschung Gebrauch gemacht wird, haftet wegen Urkundenfälschung (§ 267), und wer einen Beamten oder Schiedsrichter zu einer Rechtsbeugung anstiftet, verfällt derselben Strafe wie der Täter, auch wenn er selbst nicht Beamter oder Schiedsrichter ist (§ 336). Und umgekehrt bleiben konstitutive Momente der Strafbarkeit ausser Betracht, wenn sie bei dem Teilnehmer, nicht aber bei dem Täter gegeben sind.[1]) Man kann auch dieses Verhältnis negativ in folgender Weise charakterisieren: Ein Grund, welcher die Strafbarkeit ausschliesst oder aufhebt,[2]) wirkt, falls er für den Täter vorliegt, auch zu Gunsten des Teilnehmers; er bleibt hingegen ohne Einfluss, wenn er nur bei dem Teilnehmer und nicht bei dem Täter auftritt. Eine Ausnahme bilden nur diejenigen Strafausschliessungsgründe, aus deren Wesen sich von selbst ergibt, dass sie ihre Wirksamkeit nur zu Gunsten desjenigen äussern, in dessen Person sie vorhanden sind.[3]) Dahin gehört z. B. der Diebstahl unter Ehegatten (§ 247 II) oder die Monarchenqualität. Man bezeichnet sie als persönliche Strafausschliessungsgründe.

Die Bestimmung des § 50 bedeutet demnach einen Kompromiss zwischen dem Prinzip von der akzessorischen Natur der Teilnahme und dem andern Prinzip, dass ein jeder nur für die eigne Tat und den eignen Willen verantwortlich sei.[4]) Ein innerer Grund

---

[1]) Damit ist nur gesagt, dass die Teilnahme als solche straflos bleibt. Ob in diesem Fall die Strafbarkeit auf mittelbare Täterschaft gegründet werden kann. interessiert hier nicht. Vergl. z. B. v. Liszt, p. 221 No. 5 und Anm. 7.

[2]) Man kann in einem Moment, welches die Strafbarkeit ausschliesst oder aufhebt, den Mangel oder den Wegfall eines konstitutiven Merkmals sehen und umgekehrt den Mangel eines solchen Moments als strafbegründend betrachten.

[3]) So v. Liszt, p. 234; Frank, p. 82, Anm. IV zu § 50; Meyer-Allfeld, p. 192; Doerr, p. 345; abw. Olshausen, zu § 50, Anm. 2 b α, Band I, p. 218.

[4]) Vergl. über diese Kompromissnatur H. Meyer, p. 280 und Gerichtssaal, Band XXXIII, p. 129—130; Herzog, p. 227 f.; Doerr, p. 353 f.; Krug, p. 13—14.

für die verschiedene Behandlung der strafändernden Umstände besteht nicht.

Die Rechtssätze, welche im Sinne des § 50 die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, sind immer solche Rechtssätze, welche sich zu der gemeinen Strafdrohung wie die lex specialis zu der lex generalis verhalten. Nicht aber fällt unter diesen Paragraphen die Straferhöhung, welche durch Gesetzeskonkurrenz entstehen kann.[1])

Das geht aus dem Inhalt des § 50 klar hervor. Wenn nämlich hier vorausgesetzt wird, dass ein Gesetz mit Rücksicht auf besondere Momente die Strafbarkeit erhöht, so ist hier offenbar an eine Grundstrafdrohung gedacht, welche unter gewissen Umständen eine Variation erfährt, aber trotzdem, wenn auch in veränderter Form, in Geltung bleibt, — hingegen nicht an zwei selbständige Strafdrohungen, von denen die strengere die mildere verdrängt. Bei der Gesetzeskonkurrenz findet überhaupt keine Erhöhung der Strafe im eigentlichen Sinne statt, sondern nur eine Absorption einer geringeren Strafe durch eine höhere.

Ob die Gesetzeskonkurrenz, die bei dem Täter vorliegt, dem Teilnehmer zum Nachteil gereicht, ist nicht nach § 50, sondern einfach danach zu beurteilen, ob er an der Übertretung mehrerer Gesetze teilgenommen hat oder nur an der Übertretung des minder strengen Gesetzes.

Es fallen weiter unter die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des § 50 nicht diejenigen Umstände, welche bei einer Mehrheit von strafbaren Handlungen dafür entscheidend sind, ob ein fortgesetztes Delikt oder umgekehrt eine Reihe selbständiger Delikte in realer Konkurrenz vorliegt. Der § 50 findet hier keine Anwendung. Denn es bedarf seiner nicht, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass nach den individuellen Handlungen eines jeden Beteiligten festzustellen ist, ob er ein fortgesetztes Delikt begeht. Der § 50 soll die akzessorische Natur der Teilnahme durchbrechen. Aber diese akzessorische Natur hat nicht zur Folge, dass die Deliktseinheit oder die Deliktsmehrheit, die beim Täter vorliegt, auch für den Teilnehmer entscheidend ist. Man nehme den Fall, dass der Täter mit einheitlichem Vorsatz eine Reihe strafbarer

---

[1]) Ebenso Herzog, p. 223–224.

Handlungen begeht und dass ein andrer ihm ohne einheitlichen Vorsatz zu mehreren dieser Handlungen Hilfe leistet. Jede einzelne Handlung des Täters ist strafbar; und diese Strafbarkeit überträgt sich auf die einzelnen Handlungen des Gehilfen. Damit hat die akzessorische Natur ihre Wirkung erschöpft. Die akzessorische Natur der Teilnahme hat nur den Sinn, dass die Teilnahmehandlung ihre Strafbarkeit der Haupthandlung entlehnt.

Die Haupthandlung überträgt nicht mehr als ihre Strafbarkeit, also nicht ein Verhältnis, in welchem sie zu andern Handlungen des Täters steht und welches die Deliktseinheit begründet; denn dies Verhältnis ändert an der Strafbarkeit der Haupthandlung nichts. Weil also bei der Feststellung der Deliktseinheit und Deliktsmehrheit das Prinzip von der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht eingreift, so bleibt es bei der natürlichen Regel, welche sich schon aus den Begriffen von Deliktseinheit und Deliktsmehrheit ergibt, dass die Konstatierung eines fortgesetzten Delikts lediglich die Natur der Handlungen in Betracht zu ziehen hat, welche zur Einheit verbunden werden sollen.[1])

Zu den Umständen, nach denen das Gesetz die Strafbarkeit mindert, sind im Sinne des § 50 auch nicht die anonymen mildernden Umstände zu rechnen. Denn gerade deshalb, weil das Gesetz den Inhalt dieser mildernden Umstände nicht bezeichnet, kann hier niemals gesagt werden, dass das Gesetz die Strafbarkeit nach persönlichen Verhältnissen oder Eigenschaften mindert; ob Gründe eben dieser Art die Minderung veranlassen, entscheidet

---

[1]) Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Band XVII, p. 228: „Es ist klar, dass wenn ... die Grundsätze vom f o r t g e s e t z t e n Vergehen insofern Anwendung gefunden haben, als wegen objektiver Identität des verletzten Rechtsgutes und wegen subjektiver Einheitlichkeit des Willensentschlusses Deliktseinheit angenommen wurde, die lediglich j u r i s t i s c h e Fiktion ausschliesslich mit der Person des Haupttäters individuell zusammenhängt und für die begriffliche Erfassung der Haupttat bestimmend ist. Denn die eine, wenn auch nicht ausschliessliche, so doch wesentliche Vorbedingung dieser juristischen Deliktseinheit, die Einheitlichkeit des Entschlusses, trifft nur in der Subjektivität des Haupttäters zu; sobald und soweit diese subjektive Vorbedingung entfällt, verliert die juristische Abstraktion des fortgesetzten Delikts den Boden, und die natürliche Tatsache, dass unter der juristisch fingierten Deliktseinheit eine Mehrheit von Einzelhandlungen verborgen ist, tritt wieder in ihr Recht."

der Richter, nicht das Gesetz.[1]) Doch ist zu erwarten, dass der Richter bei der Zuerkennung mildernder Umstände die Regel des § 50, als der Tendenz des Gesetzgebers entsprechend, analog anwenden wird,[2]) mag er auch rechtlich dazu nicht verpflichtet sein.

Wenn der § 50 bestimmt, dass die von ihm definierten besonderen Tatumstände dem Täter oder demjenigen Teilnehmer zuzurechnen sind, bei welchem sie vorliegen, so gilt zugleich die negative Umkehrung, dass diese Momente bei demjenigen Beteiligten unberücksichtigt bleiben, bei welchem sie nicht gegeben sind.[3]) Es ist ferner ausser Zweifel, dass der § 50 sich nicht allein auf die diejenigen strafändernden Momente bezieht, welche bei dem Täter vorliegen, sondern auch auf diejenigen, welche bei den Teilnehmern vorhanden sind. Binding[4]) gewinnt durch die grammatikalische Interpretation des § 50 ein anderes Ergebnis. Die gesetzlichen Strafdrohungen, so argumentiert er, seien nur auf den Täter gemünzt; das Gesetz erhöhe und vermindere deshalb die Strafbarkeit nur nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters, und deshalb gelte der § 50 nur für die besonderen Tatumstände in der Person des Täters, nicht in der Person der Teilnehmer. Um aber „einem schreienden Widerspruch mit den Anforderungen materieller Gerechtigkeit" zu entgehen, dehnt Binding die Regel des § 50 im Wege der Analogie auch auf die strafändernden Umstände in der Person der Teilnehmer aus. — Es mag nun dahingestellt bleiben, ob nicht der § 2 des Strafgesetzbuches der Aufstellung eines Straferschwerungsgrundes im Wege der Analogie entgegensteht. Jedenfalls kann das Ergebnis, zu welchem Binding auf einem Umweg gelangt, ohne Schwierigkeit durch grammatikalische Interpretation des § 50 gewonnen werden:[5]) Allerdings sind die gesetzlichen Strafdrohungen ursprünglich auf den Täter gemünzt; aber durch die §§ 48 und 49

---

[1]) Im Resultat übereinstimmend Olshausen. Band I. p. 218 Anm. 2 b β zu § 50; Berner, p. 171; Krug, p. 66; Büll, p. 23, 40—41; Herzog, p. 222; Doerr, p. 243; abw. Oppenhoff, p. 134, No. 5 zu § 50.

[2]) So Binding, Grundriss, p. 140; Krug, p. 66.

[3]) Oppenhoff, No. 1 zu § 50, p. 133; Büll, p. 42; Doerr, p. 342; s. auch die oben zitierten Motive.

[4]) Grundriss, p. 140 f.

[5]) So die übereinstimmende Ansicht. Vergl. Frank, Anm. I zu § 50, p. 81; Krug, p. 15; Büll, p. 41 f.; Doerr, p. 342 f.

werden sie auf die Teilnehmer übertragen, und deshalb kann mit Recht behauptet werden, dass das Gesetz die Strafbarkeit wie nach Momenten in der Person des Täters, so auch nach Momenten in der Person der Teilnehmer vermindert und erhöht.

Wir gelangen nunmehr zu dem vielumstrittenen Begriff der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, der den Hauptgegenstand einer Interpretation des § 50 bildet.

Die Meinungen teilen sich zunächst darin, ob unter den individuellen Eigenschaften und Verhältnissen auch höchstpersönliche Qualitäten wie die Jugend — von manchen wird auch der Rückfall hierher gerechnet — zu begreifen seien. Die Anhänger einer Ausscheidung dieser höchstpersönlichen Qualitäten aus dem Begriff des § 50 stützen sich einmal auf den Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung, die von solchen persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen spricht, welche die Strafbarkeit der Handlung erhöhen oder vermindern. Sie stützen sich ferner auf die Ausführung der Motive: dass die strafbare Handlung, an welcher mehrere Personen beteiligt seien, gegenüber den einzelnen Teilnehmern in Bezug auf ihren rechtlichen Charakter und die durch ihn bedingte Schwere derselben eine verschiedenartige sein könne, je nach den verschiedenen Eigenschaften oder Verhältnissen, in denen sich der Täter befinde. „Dieser Satz, — so argumentiert Büll — sowie der im Gesetz stehende Ausdruck: „Strafbarkeit“ einer „Handlung“ rechtfertigen den Schluss, dass nur solche persönlichen Umstände des Täters oder der Teilnehmer gemeint sind, die die Handlung selbst, bezw. deren Charakter, sei es erhöhend oder vermindernd, beeinflussen, dagegen nicht solche, die für den strafrechtlichen Charakter der Handlung gänzlich bedeutungslos sind, diesem weder etwas nehmen, noch etwas hinzutun, vielmehr rein individueller Natur sind und nur die Strafbarkeit des „Handelnden“ — auf letzteres Wort ist im Gegensatz zum Gesetzestext der Ton zu legen — erhöhen oder vermindern.“ [1])

[1]) p. 38; die gleiche Beweisführung findet sich bei Olshausen, Band I, S. 218—219, Anm. 3 zu § 50 und bei Herzog, p. 221 f.; im Resultat übereinstimmend H. Meyer, p. 281; Berner, S. 171; Schütze, S. 147, Anm. 12 zu § 50; Hälschner, Band I, p. 439; Kohler, Archiv für Strafrecht, Band LI, p. 170, 172; Reichsgericht-Entscheidungen, Band XXV, p. 275. — Im Gegensatz zu den übrigen Autoren rechnet Herzog den Rückfall nicht hierher; Schütze ist im Zweifel, ob der Rückfall hierher gehöre.

Dieser Streit ist aber völlig unfruchtbar, weil die Gegner über das Resultat, nämlich über die persönliche Zurechnung der fraglichen Umstände einig sind.

Was sind nun Eigenschaften und Verhältnisse? Wir sprechen von Eigenschaften eines Gegenstandes dann, wenn von diesem Gegenstand unter gewissen Umständen bestimmte Wirkungen ausgehen. So ist die Helligkeit eine Eigenschaft, ebenso die Schwere. Dieser Begriff bedeutet also nichts anderes als eine kausale Beziehung. — Der Begriff des Verhältnisses aber ist identisch mit dem der Beziehung; er ist mithin der Oberbegriff der Eigenschaft und gehört zu den weitesten Begriffen, die es überhaupt gibt.[1]) Ein Subjekt steht mit allen Elementen seiner Handlung in Beziehung, ebenso ein Teilnehmer mit der gesamten Handlung des Täters und umgekehrt. Daraus folgt, dass der Begriff der Beziehung wegen seines weiten Umfangs für die Begrenzung der Umstände, welche individuell anzurechnen sind, völlig wertlos ist.

Das ganze Gewicht ist also auf das Merkmal des „Persönlichen“ zu legen. Welche Umstände, so müssen wir fragen, stehen zu dem Subjekt in einer persönlichen Beziehung und welche anderen in einem sachlichen Verhältnis?

b) Fortsetzung der Interpretation des § 50. Das „persönliche“ Moment.

Die möglichen Theorieen.

§ 4.

Der Begriff des Persönlichen ist ein relativer Begriff. Er ändert seinen Inhalt je nach dem Gesichtspunkt, von welchem die Betrachtenden ausgehen. So ist denn eine Unterscheidung in

---

[1]) Rubo, Anm. 2, 3 zu § 50 und ihm folgend Frank, p. 81, Anm. I zu § 50 und Olshausen, Band I. S. 217, Anm. I zu § 50, definieren Eigenschaft als Beschaffenheit und Verhältnis als Beziehung. Damit ist aber nichts gewonnen. — Krug (p. 71, Anm.) gibt folgende Definition: „Eigentlich bedeutet „Verhältnis“ nichts anderes als die Verbindung zweier oder mehrerer Begriffe zu irgend einem denkbaren Zusammenhange, das Wort sagt schliesslich weiter nichts, als dass ich mit zwei oder mehreren Begriffen eine gedankliche Tätigkeit vorgenommen habe. Ein

persönliche und sachliche Umstände in der mannigfachsten Weise möglich. — Bei der Interpretation des § 50 kommen drei verschiedene Unterscheidungen in Betracht, deren jede einen gewissen Anspruch auf innere Berechtigung erheben kann.

Am allernächsten liegt folgende Auffassung: Eigenschaften und Verhältnisse eines Beteiligten sind ihm persönlich, wenn sie nur seiner eigenen Handlung und nicht der eines anderen Beteiligten zukommen. Will man sich die Konsequenzen dieses Prinzips veranschaulichen, so sind der Klarheit halber Anstiftung und Beihilfe gesondert zu betrachten. Im Fall der Beihilfe sind einem jeden Beteiligten persönlich: einmal die ganze Phase seiner Willensbildung, ferner seine Betätigung und das ganze sich an diese Betätigung schliessende äussere Geschehen bis zu dem Augenblick, wo es mit der Tat eines anderen Beteiligten zu weiterer gemeinsamer Verursachung zusammentrifft. Dem Anstifter persönlich ist seine ganze Handlung bis zu dem Moment, wo das von ihm dem Täter suggerierte Motiv mit den von dem Täter ausgehenden Motiven zusammentrifft, um gemeinsam mit ihnen die Betätigung auszulösen; dem Angestifteten persönlich ist die Bildung seiner Motive bis zu diesem gleichen Vereinigungspunkt. Diese Verhältnisse sind aus dem Schema auf Seite 3 deutlich zu ersehen. — Demgemäss ist in den auf Seite 4 angeführten Beispielen der Gehilfe nur für einfachen Diebstahl haftbar, wenn er sich an dem Einbruch nicht beteiligt hat, und die gewinnsüchtige Absicht des Haupttäters einer Kindesunter-

Verhältnis, dem Realität und Bestand zugeschrieben wird, kann als Zustand bezeichnet werden, und dieser Begriff ist nicht weit entfernt von dem der „Eigenschaft"; letztere ist ein Zustand, der dem Wesen oder der Natur der Sache, d. h. den Beziehungen derselben zu uns oder andern Sachen, in denen wir dieselbe zu denken gewöhnt sind, in irgend einer Weise entspricht." Ähnlich B ü l l, p. 16. Auch hier ist also die Beziehung der Oberbegriff der Eigenschaft, und auch hier ist die Definition der Beziehung so weit, dass sie für die Begrenzung der individuellen Umstände unverwendbar ist. Mit Recht sagt K r u g (p. 71): „Die gebrauchten Ausdrücke: „Verhältnisse und Eigenschaften" sind die denkbar allgemeinsten und nichtssagendsten; ohne irgend welchen prinzipiellen Gehalt spotten sie jeder intensiven Interpretation." — Bei B i n d i n g ist umgekehrt das Verhältnis der Eigenschaft subordiniert: „Die Teilnahme an einem bestimmten Verhältnisse zu einer anderen Person bildet eine persönliche Eigenschaft". (Grundriss, p. 140.) — Nach H e r z o g (p. 225), D o e r r (p. 348) und dem Reichsgericht (Entsch. Band XXV, p. 270) ist eine strenge begriffliche Unterscheidung zwischen Eigenschaften und Verhältnissen nicht durchführbar, aber auch entbehrlich.

schiebung lässt die Strafbarkeit des Gehilfen unberührt, wenn er nicht in dieser Absicht gehandelt hat; weiter ist der Gehilfe nicht als Räuber zu bestrafen, wenn sich seine Unterstützung auf die Handlung des Diebstahls beschränkt hat, und er ist nicht wegen Mordes verantwortlich, wenn bei dem Täter, nicht aber bei ihm selbst das Moment der Überlegung gegeben ist.

Man kann zweitens den Gegensatz des Persönlichen und Sachlichen gleichsetzen mit dem Gegensatz von Wille und Tat und kann die Handlung als dem Subjekt persönlich bezeichnen, solange sie seinem Innenleben angehört, hingegen ihr diesen Charakter absprechen, sobald sie diese Sphäre verlässt, um sich in der Aussenwelt weiter zu entwickeln. — In den angeführten Beispielen ergibt sich nach dieser Theorie folgendes Resultat: Der Gehilfe ist wegen schweren Diebstahls verantwortlich, auch wenn er den Täter lediglich bei der Wegnahme der Sache unterstützt hat; er ist weiter nach den Bestimmungen über den Raub zu bestrafen, auch wenn er sich an der Drohung oder Gewalthandlung nicht beteiligt hat. Diese Fälle unterliegen mithin einer verschiedenen Beurteilung, je nachdem man die eine oder die andere Theorie anwendet; in den übrigen Beispielen hingegen führen beide Theorieen zu einem übereinstimmenden Ergebnis, weil Momente, wie die Absicht und die Überlegung nach der einen wie nach der andern Doktrin zu den persönlichen Momenten zu zählen sind.

Es ist endlich noch eine dritte Auffassung denkbar: Man zieht die Grenze der persönlichen Umstände noch enger und rechnet zu ihnen nur diejenigen der Willensseite der Handlung angehörenden Elemente, welche den Täter besonders kennzeichnen, welche mit seiner Charaktereigentümlichkeit in besonders enger Verbindung stehen. Es ist klar, dass dieser Begriff nicht so exakt ist wie derjenige der beiden andern Theorieen und dass er je nach der Auffassung des Urteilenden eine verschiedene Interpretation erfahren wird.

Die erste Theorie also identifiziert den Begriff des Persönlichen mit einer gewissen kausalen Beziehung: Eine Handlung ist einem Beteiligten persönlich, wenn nur er und nicht ein anderer Beteiligter Urheber dieser Handlung ist. Die beiden anderen Lehren identifizieren den Begriff des Persönlichen mit einer

psychischen Qualität, die zweite mit der Zugehörigkeit zum Willen, die dritte mit der Zugehörigkeit zu dem für das Subjekt charakteristischen Willen.

Welche dieser drei Auslegungen ist nun die richtige? — Versuchen wir zunächst aus der Entstehungsgeschichte des § 50 einen Aufschluss zu gewinnen.

Nach § 82 des Bremischen Entwurfs sind entscheidend: „Die auf die Strafbarkeit der Tat Einfluss übenden besonderen Umstände, welche nur in der Person des einen oder anderen Urhebers oder Teilnehmers vorhanden sind". Es könnte scheinen, als ob der Entwurf durch diese allgemeine Fassung den Gedanken der ersten Theorie habe zum Ausdruck bringen wollen und als ob unter den besonderen Umständen, welche nur in der Person eines Beteiligten vorliegen, diejenigen Umstände zu verstehen seien, welche nur zu seiner eigenen Handlung gehören. Da sich indessen ein weiterer Anhalt für diese Interpretation nicht bietet und dieser Text an sich allein nicht ausreicht, sie zu rechtfertigen, so bleibt der frühere Zweifel bestehen.[1]) — Und wenn man weiter die Motive der verschiedenen Entwürfe betrachtet, so findet man nur Begriffe, welche Umschreibungen, nicht aber Definitionen der persönlichen Momente sind.

Es bleibt also nur der eine Ausweg übrig, der Wissenschaft die Entscheidung zu überlassen: Welche unter den drei möglichen Auslegungen des § 50 den Anforderungen materieller Gerechtigkeit am nächsten kommt und deshalb die richtige ist. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bedeuten also nichts anderes als diejenigen Momente, welche ihrem Wesen nach, allgemeinen

[1]) Das Reichsgericht — Entsch. Bd. XXV — p. 273 sieht in dem Begriff, den der § 82 des Bremischen Entwurfs aufstellt, eine Definition der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse und vermeint durch ihn eine wesentliche Klärung zu gewinnen. Das Reichsgericht legt aber diesen Begriff in einem andern als in dem von uns soeben angedeuteten Sinne aus und gelangt durch ihn zu dem Ergebnis, dass die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse mit den die individuelle Verschuldung charakterisierenden Umständen gleichzusetzen seien. — Dies Ergebnis bedeutet nichts anderes, als dass die Wissenschaft über die individuelle Anrechnung der einzelnen Momente je nach ihrer innern Natur frei entscheiden soll.

Grundsätzen der Billigkeit zufolge eine persönliche Anrechnung erheischen.[1])

Dieser Standpunkt wird auch durch die Motive des II. Entwurfs unterstützt, nach welchen die fragliche Gesetzesbestimmung den allgemeinen Satz zur Anwendung bringt, dass ein jeder lediglich nach dem Grade „seiner" Verschuldung, wie sie sich nach seiner Tätigkeit und seinen Verhältnissen gestalte, bestraft werden solle.[2])

Und es kann wohl behauptet werden, dass die gesamte Literatur und Rechtsprechung diese Auffassung teilt.[3]) Denn wenn sich auch manche nicht ausdrücklich dieser Auffassung anschliessen, so bekennen sie sich doch indirekt zu ihr, indem sie bei Anwendung des § 50 auf die Einzelfälle zu Resultaten gelangen, deren Rechtfertigung nicht schlüssig durch Interpretation des § 50, sondern nur mit Hilfe allgemeiner Grundsätze versucht werden kann. So rechnet z. B. Binding[4]) die Jugend zu den persönlichen Eigenschaften, die Gewohnheits- und die Gewerbs-

---

[1]) Die persönlichen Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe entsprechen demnach vollkommen den persönlichen Strafausschliessungsgründen. Wie bei diesen nach ihrer eigenen Natur zu entscheiden ist, ob sie nur persönliche Wirkung haben, so auch bei jenen.

[2]) Vergl. auch die Motive des Bremischen Entwurfs: „Jeder solle nur aus seiner Person, aus seinem strafrechtlichen Verhältnisse zur Tat beurteilt werden".

[3]) Vergl. die Ausführung von K r u g (p. 72): „Ich glaube, dass wir dem Worte „persönlich" in diesem Falle einen e n g e r e n Sinn, eine speziellere Bedeutung beilegen müssen, indem wir nur das darunter verstehen, was einer Person so ausschliesslich eigentümlich ist, dass es alle seine Äusserungen in jeder Beziehung auf diese beschränkt und kein anderer derselben teilhaftig werden kann. Es würde alsdann aber auch in diesem Begriffe vom strafrechtlichen Standpunkt aus das Moment der individuellen Schuldbeteiligung und speziellen Strafwirksamkeit liegen; es wäre der Ausdruck gewissermassen in proleptischer Stellung aus dem Nachsatze, der ihn erst begründet, in den Vordersatz gezogen." Ebenso G e y e r in Holtzendorffs Handbuch, Band II, p. 362: „Umstände, die b l o s s Einfluss haben auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person (also einen s u b j e k t i v e n Charakter besitzen), können — was ja eine Tautologie ist — nicht die Strafbarkeit eines andern berühren. Umstände dagegen, welche das Verbrechen in ein wesentlich anderes verwandeln, werden auch rücksichtlich der Strafbarkeit aller, welche wissentlich zum Zustandekommen dieses Verbrechens mitwirken, in Betracht kommen. (Diese Umstände tragen also einen sogenannten o b j e k t i v e n Charakter an sich)." Ebenso B ü l l, p. 16—17.

[4]) Grundriss, p. 140.

mässigkeit hingegen zu den Handlungseigenschaften. Zu dieser Unterscheidung kann man aber nicht auf Grund des Merkmals von persönlichen Momenten, sondern nur in der Weise gelangen, dass man aus allgemeinen Erwägungen sich überzeugt, dass eine gewisse Kategorie von Umständen, unter welche die Jugend, nicht aber die Gewerbs- und die Gewohnheitsmässigkeit fällt, eine individuelle Anrechnung erfordert.

Wir werden nun zunächst diejenigen in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Lehren darstellen, welche einen Begriff der persönlich anzurechnenden Momente konstruieren; wir werden im Anschluss daran unsere eigene Theorie entwickeln und bei Verfolgung ihrer Konsequenzen im Einzelfall zugleich unsere Ergebnisse mit denen der andern Lehren vergleichen, welche, ohne ein unterscheidendes Prinzip aufzustellen, lediglich für die Einzelfälle die Konsequenzen aus der Gesetzesbestimmung des § 50 ziehen.

1. Die bisherige Lehre.

α) Die Definition der persönlichen Umstände durch eine kausale Beziehung. Krug.

§ 5.

Das vorliegende Problem ist am ausführlichsten durchgearbeitet von Krug. Er stellt sich von vorneherein das Ziel, ohne Berücksichtigung des § 50, aus allgemeinen Grundsätzen zu entwickeln, welche Momente den Teilnehmern individuell anzurechnen sind. Da der § 50 ausser Betracht bleibt, so ist die Darstellung nicht an das argumentum e contrario gebunden, welches wir aus diesem Rechtssatz ziehen mussten [1]) und durch welches die individuelle Anrechnung der strafbegründenden Momente ausgeschlossen wurde. Weil wir uns nun im Gegensatz zu Krug vorgesetzt haben, das Gesetz zu erläutern, so sind seine Deduktionen für uns ohne Bedeutung, soweit sie sich auf die konstitutiven Merkmale des Delikts beziehen. Anders verhält es sich mit seinen Ausführungen, welche die straferhöhenden und die strafmindernden Umstände betreffen: wir haben festgestellt, dass

[1]) Oben S. 8—9.

die Frage, welche unter diesen Umständen individuell anzurechnen sind, nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten ist, und nachdem wir diese Erkenntnis gewonnen haben, ist der Weg, den Krug einschlägt, auch der unsrige.

Krug bildet das Fundament seiner Theorie durch eine Zergliederung des Deliktstatbestandes. Er teilt ihn zunächst in subjektive und objektive Momente. Zu den ersten gehört lediglich der Vorsatz, welcher definiert wird „als die eine jede normale Handlung des geistig entwickelten Menschen begleitende Vorstellung der eigenen Wirksamkeit“. „Als solche hat er die Funktion, — so erläutert Krug — die Reize des Willens aufzunehmen und nach den ihm immanenten Grundsätzen zu Motiven zu formen, somit im voraus ein Bild der auszuführenden Tat zu entwickeln und dieses dem Willen vorzustellen.“[1]) Zu der objektiven Seite des Deliktes gehört einmal der Wille; Krug fasst den Willen als „die reine Kausalität“, als die Macht, welche die Motive in der Aussenwelt wirksam werden lässt: „Während der Vorsatz als innerer Prozess auf reinem Denkgebiete sich abspielt, bildet der Wille gerade den Übergang und die Umsetzung der innern seelischen Vorgänge in äusseres Geschehnis; er ist der Grund und untrennbare Teil der sinnfälligen Wirksamkeit, lediglich besondere Beziehung eines objektiven Vorganges und daher selbst notwendig objektiv.“[2]) Ausser dem Willen gehören ferner die Handlung — die Tat in unserem Sinne — und der Erfolg zu der objektiven Seite des Delikts[3])

Krug scheidet dann aus dem Umkreis der Betrachtung den Fall aus, dass eine Verschiedenheit des Vorsatzes bei den einzelnen Beteiligten vorliegt, weil dieser Fall in die Lehre vom Irrtum gehöre: „Da bei der Teilnahme, wie nicht bezweifelt werden kann, die Tat selbst nur eine einheitliche ist, so muss notwendig jeder Unterschied zwischen dem Vorsatze der einzelnen Beteiligten auf einer Verschiedenheit von Vorsatz und Tat, auf einem Irrtume eines der Teilnehmer beruhen. Das Thema des Irrtums nun ist von dem Gebiete der hier zu be-

[1]) p. 27—28.
[2]) p. 28—29.
[3]) p. 33.

handelnden Frage vollständig getrennt; es ist nach eigenen selbständigen Grundsätzen zu entwickeln."[1])

Es scheint demnach, als ob bei Krug mit dem Willen ein anderer Begriff verbunden werde als in unserer Darstellung, indem bei Krug der Wille nur die reine Kausalität bedeuten soll, welche aus den Motiven die Betätigung auslöst, während nach unserer Auffassung auch die Bildung der motivierenden Vorstellungen unter den Willensbegriff fällt. Dieser Unterschied ist aber lediglich formeller Natur, und sobald die materielle Frage entsteht, ob die Schuld im Willen des Handelnden begründet sei, hört die Meinungsverschiedenheit darüber auf, was man unter dem Willen zu verstehen habe. So bemisst sich auch bei Krug die Willensschuld danach, ob aus schuldbaren oder aus verwerflichen Motiven gehandelt wird.[2]) Auch bei Krug liegt also die Schuld nicht in dem Willen als reiner Kausalität, sondern in dem Umstande, dass sich diese Kausalität an eine Ursache bestimmter Natur anknüpft, nämlich an eine motivierende Vorstellung, die als solche verwerflich oder entschuldbar ist.[3]) Somit kann auch Krug die Schuld nicht beurteilen, ohne auf den Vorsatz einzugehen. — Richtig ist nun, das ist Krug einzuräumen, dass ein gewisser Vorsatz nötig ist, damit überhaupt eine Teilnahme entsteht, und dass die Fragen, welche hier entstehen, naturgemäss nicht unter das heute vorliegende Problem fallen, sondern nach den Lehren von der Teilnahme oder vom Irrtum zu entscheiden sind.

Damit ergibt sich, dass wir von demselben Willensbegriff ausgehen wie Krug, sobald es sich um Willensschuld handelt, eine Erkenntnis, welche für die Stellung massgebend ist, welche wir zu der nunmehr darzustellenden Theorie Krugs einnehmen werden.

Von der gewonnenen Gliederung der Deliktselemente ausgehend, gelangt Krug zu der Erkenntnis, dass bei einem Delikt, welches mit Hilfe von Teilnehmern verübt wird, gemeinsame und nicht gemeinsame Elemente unterschieden werden können, je nach

[1]) p. 29.

[2]) p. 43.

[3]) Vergl. v. Bar, Band II, p. 664, Anm.; wo er gegen Krug ausführt: „Nicht der Wille an sich, der Handlung und Erfolg in sich aufnehmen muss, sondern die Entstehung des Willens kann bei den einzelnen Teilnehmern different sein."

dem kausalen Zusammenhang, in welchem sie zu den einzelnen Beteiligten stehen. Gemeinsam ist zunächst allen der Erfolg, weil er von allen verursacht wird: „Das Zusammenwirken zu einem Erfolge ist es, das die Teilnehmer vereinigt; in der Einheitlichkeit des Erfolges bekundet sich die Einheit des Deliktes.“ [1]) Hingegen ist der Wille einem jeden Beteiligten eigentümlich und niemals gemeinsam: „Von jedem der Beteiligten geht ein eigener Wille aus; derselbe ist individuell an die Persönlichkeit geknüpft, deren Teil er ist; daher ist eine Gemeinsamkeit des Willens nicht denkbar.“ [1]) Die Tat endlich ist nur zum Teil gemeinsam, nämlich nur insoweit, als sie hinter dem Vereinigungspunkte liegt, in welchem die von den Betätigungen der einzelnen Beteiligten ausgehenden kausalen Veränderungen zu weiterer gemeinsamer Verursachung zusammentreffen: „Was die Handlung betrifft“ — unter Handlung versteht Krug, was wir „Tat“ nennen — so haben wir offenbar zwei verschiedene Stadien zu unterscheiden. Denn einmal kann es nicht zweifelhaft sein, dass aus jedem Willen zunächst eine selbständige Handlung entspringt; denn nicht anders vermag sich der individuelle Wille zu äussern. Andrerseits aber können wir auch im Erfolge nicht das Produkt mehrerer getrennter und unverbundener Handlungen sehen. . . . . Hieraus folgt notwendig, dass die ursprünglich besonderen Handlungen sich vor dem Erfolge vereinigen und dann in gemeinsamer Wirksamkeit zu ihm hinstreben. Betrachten wir die Handlungen als vom Willen in Bewegung gesetzte Kausalreihen, so ersehen wir sofort, wo dieser Vereinigungspunkt der Handlungen liegt; es ist der Moment, in dem diese Kausalreihen in einer Wirkung, die nach aussen als Förderung der einen Handlung durch die andere oder als gegenseitige Förderung erscheint, zusammentreffen. . . . Dabei dürfen wir natürlich nicht allein den sinnfälligen Verlauf der Handlung, sondern müssen auch deren ideelle Beziehung, die bei der Anstiftung ja gerade zur Materie der Handlung gemacht ist, beachten.“ [2])

Und nunmehr stellt Krug den Satz auf, dass die nicht gemeinsamen Deliktselemente, im Sinne dieser Einteilung, bei der Teilnahme eine individuelle Anrechnung erfordern, die andern

[1]) p. 36.
[2]) p. 37.

hingegen nicht. Und diesen Satz versucht er in folgender Weise zu begründen: „Aus dem Gesagten ergibt sich die Beantwortung der Frage nach der Wirksamkeit der Umstände mittels einer einfachen Deduktion. Wir berufen uns dabei lediglich auf den nicht anzufechtenden Satz, dass gleichwie die blosse Gedankensünde ohne kausale äussere Wirksamkeit niemals strafrechtliche Schuld erzeugt, so auch niemals die blosse Vorstellung der Gemeinsamkeit, sondern lediglich tatsächliche, ursächliche Verbundenheit strafrechtliche Schuldgemeinschaft zu begründen vermag. Alsdann können wir das Delikt von unserm Standpunkt aus in zwei Teile zerlegen, deren erster den Willen und den selbständigen Teil der Handlung, der zweite den gemeinsamen Teil der Handlung und den Erfolg umfasst. Alle Umstände nun, die in dem ersteren, selbständigen Teile des Deliktes gegeben sind, müssen wir als persönliche betrachten und ihre Wirksamkeit individuell beschränken; es kann deshalb der in ihnen gelegene Schuldanteil nur den Einzelnen treffen. Die Umstände dagegen, die hinter dem Vereinigungspunkte der Handlungen liegen, die dem gemeinsamen Teile des Deliktes angehören, erstrecken ihre Wirksamkeit über die Person hinaus; bezüglich ihrer sind die Teilnehmer durch ihr kausales Zusammenwirken untrennbar verbunden, und daher eine Sonderung der verwirkten Schuld auch rechtlich unmöglich.“ [1])

Damit stellt sich Krug auf den Standpunkt der ersten unter den drei Theorieen, welche wir für die Auslegung des § 50 einander gegenüber gestellt haben, derjenigen Theorie nämlich, welche den Begriff des Persönlichen mit einer gewissen kausalen Beziehung identifiziert. [2]) Und hier ist nun der Ort, sich mit dieser Theorie auseinanderzusetzen.

Es ist zunächst auf eine Inkonsequenz aufmerksam zu machen, deren sich Krug seiner eigenen Lehre gegenüber schuldig gemacht hat. Wenn das Prinzip dahin ging, nur diejenigen Deliktselemente individuell anzurechnen, welche ausschliesslich in die Handlung eines der Beteiligten fielen, so durfte nicht grundsätzlich die persönliche Anrechnung der Willensmomente gefordert

---

[1]) p. 38.

[2]) Vergl. oben p. 15 f. Den gleichen Standpunkt vertritt Morin de lege ferenda in der französischen Literatur, l. c. No. 9.

werden. Denn auch ein Motiv, welches bei einem der beteiligten Subjekte vorliegt, kann von einem andern Subjekt hervorgerufen sein, somit in die von ihm ausgehende Kausalreihe fallen und zu seiner Handlung gehören. Wer z. B. einen andern zu einer Kindesunterschiebung oder zu einer Urkundenfälschung anstiftet und ihn zu diesem Delikte dadurch bestimmt, dass er eine gewinnsüchtige Absicht oder im zweiten Falle eine Schädigungsabsicht in ihm wachruft (§§ 169, 268), während er selbst aus ganz anderen Motiven handelt, wäre in reiner Konsequenz von Krugs Theorie wegen qualifizierter Kindesunterschiebung und wegen qualifizierter Urkundenfälschung verantwortlich zu machen; nach der Konsequenz hingegen, welche Krug zieht, wäre er nicht für die qualifizierende Absicht haftbar, weil diese Absicht ein Willensmoment in der Person eines andern Beteiligten darstellt. — Es bleibt also nur eine zweifache Wahl: Wird die Theorie anerkannt, so muss der Satz berichtigt werden, den Krug für die Willensmomente aus ihr folgert; ist umgekehrt dieser Satz richtig, so muss die Theorie unbrauchbar sein.

Die Hauptschwierigkeit, zu welcher sie uns führt, liegt aber nicht auf dem Gebiet der qualifizierenden Willensmerkmale, sondern auf dem Gebiet der qualifizierenden Tatmomente, und hier sind die grundsätzlichen Erwägungen anzustellen, nach welchen sich unsere Stellung zu Krugs Theorie entscheiden wird.

Die Momente der Tat, welche vor dem Vereinigungspunkt liegen, sollen individuell angerechnet werden.

Es kann nun ein Tatmoment niemals vor dem Vereinigungspunkt liegen und also nur von dem einen Beteiligten und nicht von mehreren verursacht sein, wenn es mit einem anderen Tatmoment, das hinter dem Vereinigungspunkte liegt, in einem derartigen Zusammenhang steht, dass die Verursachung dieses letzten Tatmoments immer auch die Verursachung des ersten in sich begreift. Wer bei einer mit Waffen verübten Körperverletzung den Angriff herbeiführt, der verursacht zugleich den bewaffneten Angriff; denn hätte kein Angriff stattgefunden, so wäre auch kein bewaffneter Angriff geschehen. So selbstverständlich der aufgestellte Satz klingen mag, so wichtig ist er doch, weil er bei einer Reihe von qualifizierenden Tatmomenten die individuelle Anrechnung prinzipiell ausschliesst. Ein anderes Beispiel bietet

der gemeinschaftliche Hausfriedensbruch oder das unberechtigte Jagen zur Nachtzeit (§§ 123 III. 293), weil auch hier der strafbegründende und der straferhöhende Teil des Deliktes als verursachtes Geschehen untrennbar verbunden sind.[1])

Anders verhält es sich beim Raub und beim Einbruchsdiebstahl; denn hier kann die Wegnahme der Sache unabhängig von dem Einbruch oder der Gewaltanwendung verursacht werden.[2]) Hier finden wir die typischen Beispiele für die Unterscheidung der persönlich und der gemeinsam anzurechnenden Tatmomente.

Wenden wir das aufgestellte Prinzip auf diese Tatbestände an. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden: Erstens, die Teilnahme bezieht sich nur auf den kausal früheren Teil des Deliktes, also auf den Einbruch oder die Gewaltanwendung. Ein Beispiel: A hält die Leiter, während B das Fenstergitter aufbricht; nachdem diese Hauptarbeit getan ist, entfernt er sich, seinem Genossen die weitere Ausführung überlassend; oder die Tätigkeit des A beschränkt sich darauf, dem B einen Strick zu verschaffen, mit welchem dieser den Angefallenen bindet. Der Einbruch, die Gewaltanwendung wird also durch die gemeinschaftliche Wirksamkeit beider vollzogen. Dieser frühere Abschnitt des Deliktes liegt somit — ganz oder teilweise — schon hinter dem Vereinigungspunkt der beiden Aktivitäten, und aus diesem Grunde ist der Teilnehmer

---

[1]) Wer also einem der bewaffneten Diebe Hilfe leistet oder wer bei einem gemeinschaftlichen Hausfriedensbruch nur einen der Beteiligten unterstützt, muss im Sinne K r u g s auch für das qualifizierte Delikt verantwortlich sein. — Ein weiteres Beispiel ist die Nötigung eines Beamten zur Vornahme einer Amtshandlung durch einen Aufrührer, oder die Gewalttätigkeit gegen eine Person bei einem Landfriedensbruch, ferner die Führerrolle bei einem Aufruhr oder einem Hausfriedensbruch (§§ 115, 125). Auch hier ist die Nötigung und die Gewalttätigkeit sowie die Führerrolle mit dem Anschluss an die Zusammenrottung untrennbar verknüpft. Es ist für die gewaltsame Tat charakteristisch, dass sie im Zustande der Zusammenrottung verübt wird, und die Führung der Menge ist auch nichts anderes als eine besondere Art, sich an der Zusammenrottung zu beteiligen. — Das gleiche Verhältnis besteht zwischen der Teilnahme an einer Verbindung und der Tätigkeit als Stifter oder Vorsteher dieser Verbindung (§§ 128, 129). (Hierbei fassen wir allerdings den Begriff der Teilnahme in einem weiteren Sinne als dem der Mitgliedschaft; s. hierüber F r a n k, p. 189, Anm. II zu § 128.) — Abweichend D o e r r, p. 351.

[2]) Umgekehrt liegt aber in der Verursachung des Einbruches oder der Gewaltanwendung auch die Verursachung der Wegnahme.

wegen Beihilfe an einem Diebstahl mit Einbruch oder an einem Raube zu bestrafen. — Zweitens, die Teilnahme bezieht sich nur auf den zeitlich späteren Teil des Deliktes, also auf die Wegnahme der Sache. Dem A ist z. B. nur die Rolle zugewiesen, die gestohlenen oder geraubten Gegenstände in Empfang zu nehmen und wegzuschaffen. Hier vereinigen sich die beiderseitigen Tätigkeiten erst nach vollzogenem Einbruch und nach vollzogener Gewalt. In Konsequenz der aufgestellten Theorie ist daher A nur wegen Beihilfe zu einem einfachen Diebstahl zu strafen. Ist dieses Ergebnis richtig? Kann es nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt werden? Das ist die zweifelhafte Frage, die hier entsteht und von deren Beantwortung das Schicksal der Theorie abhängt.[1])

Es soll hier nochmals betont werden, dass die Kenntnis des Einbruchs und der Gewaltanwendung auf seiten des Teilnehmers die stillschweigende Voraussetzung dieser Darstellung bildet; denn fehlt diese Kenntnis, so kann von einer Teilnahme an Raub und Einbruchsdiebstahl schon wegen mangelnden Vorsatzes nicht die Rede sein.

Wenn der Gehilfe am Einbruch nicht allein für diese Tat, die an sich nur Sachbeschädigung ist, sondern auch für den darauf folgenden Diebstahl verantwortlich gemacht wird und andererseits der Gehilfe an der Wegnahme nur für diese Tat und nicht für den vorausgegangenen Einbruch haften soll, so ist der Unterschied in der Beurteilung beider Fälle nicht ohne eine innere Berechtigung: Der Einbruch ist die Voraussetzung des konkreten Diebstahls; der Einbruch ermöglicht ihn, er ist für ihn kausal, und so haftet denn der Gehilfe für nichts anderes als für die von ihm verursachten Erfolge, wenn er für den Einbruchsdiebstahl verantwortlich gemacht wird.[2]) Vollkommen das gleiche gilt bei der Anstiftung, obwohl es schwer halten wird, einen Fall zu konstruieren, in dem der Teilnehmer den Einbruchsdiebstahl voraussieht, aber nur zum Einbruch, nicht zum Diebstahl anstiftet. Umgekehrt verhält es sich dagegen mit der Teilnahme am blossen

[1]) Vergl. das Zugeständnis Krugs, p. 66: „........ Es dürfte die bezüglich der Handlungsumstände“ – nach unserer Terminologie: der Tatumstände — „aufgestellte Unterscheidung völlig neu und vielleicht teilweise unannehmbar erscheinen.“

[2]) Man kann im Falle der Beihilfe sogar aufstellen, dass die Beihilfe zum Einbruch zugleich eine Beihilfe zum Diebstahl ist.

Diebstahl: sie ist für den Einbruch nicht kausal. — Aber ist die Verursachung der allein hier entscheidende Gesichtspunkt? Besteht nicht zwischen Einbruch und Diebstahl eine derartig enge Beziehung, dass die Zusammenfassung dieser beiden Deliktsteile zur Einheit in dem Sinne notwendig wird, dass die Teilnahme an irgend einem der zwei Deliktsteile implizite die Teilnahme am ganzen Delikt bedeutet? Ist nicht die Trennung des Tatbestandes in Einbruch und Wegnahme lediglich eine theoretisch-systematische Unterscheidung und ist nicht vom Standpunkt der strafenden Gerechtigkeit Einbruch und Diebstahl eine einzige, untrennbare Tat? Macht sich derjenige, der eine Schuld am Diebstahl trägt, nicht zugleich der Schuld an dem Einbruch teilhaftig?

Eines ist zunächst deutlich: Der Gehilfe bei der Wegnahme ist schuldiger, wenn der Wegnahme ein Einbruch vorausgeht, als wenn es sich um einen einfachen Diebstahl handelt. Seine Schuld ist aber noch grösser, wenn er sich an dem Einbruch, statt an der Wegnahme beteiligt. Wir haben also drei Grade der Schuld. Die Beteiligung an der Wegnahme bei dem Einbruchsdiebstahl steht in der Mitte, und die Frage ist nun die, ob das Strafmass des Einbruchsdiebstahls entscheidet und die geringere Schuld im Wege der Strafausmessung zu berücksichtigen ist oder ob umgekehrt eine hoch zu bemessende Strafe des einfachen Diebstahls einzutreten hat. Hier wird die Beurteilung schwanken, und diese Unsicherheit hat ihren Grund darin, dass die Strafen einander von beiden Seiten angenähert werden können, sodass die Konsequenzen der beiden entgegenstehenden Grundauffassungen bis zu einem gewissen Grade sich ausgleichen und so die Grundauffassungen selbst in ihrer ganzen Bedeutung nicht mehr zu würdigen sind. Und diese gleiche Schwierigkeit der Beurteilung ergibt sich bei allen durch Tatmomente qualifizierten Delikten, indem hier regelmässig über den Teilnehmer an der Tat des einfachen Deliktes, mag man ihn als Teilnehmer am qualifizierten oder als Teilnehmer am einfachen Delikt beurteilen, eine annähernd nach seiner Schuld ausgemessene Strafe verhängt werden kann.

Wollen wir also das vorliegende Problem lösen, so müssen wir zu einer andern Kategorie von Fällen übergehen, nämlich zu solchen Delikten, die in der gleichen Weise wie die eben behandelten mehrere Teile von Tätigkeiten enthalten, bei denen aber

diese Tätigkeiten nicht als einzelne, sondern erst in ihrer gegenseitigen Verbindung, in ihrer Gesamtheit strafbar sind. Es ist klar, dass sich § 50 auf diese Delikte nicht bezieht; denn es handelt sich hier um strafbegründende Tatmomente. Wir betrachten sie aber zu dem Zweck, um ein höheres Prinzip zu gewinnen, welches auch für die Anwendung des § 50 auf Delikte anderer Art massgebend sein soll.

Man setze folgende Fälle: A verleitet die B zur Ehe, indem er sie arglistig über ein gesetzliches Ehehindernis täuscht. Der Standesbeamte C schreitet im Einverständnis mit ihm zur Eheschliessung. (§ 170.) — A verleitet die B zur Gestattung des Beischlafs dadurch, dass er eine Trauung vorspiegelt. Der Beischlaf selbst, nicht aber die Trauungsszene findet in der Wohnung des C statt, der von dem Plane unterrichtet ist und die Wohnung dem A für sein Vorhaben überlässt. (§§ 177—179.) — A täuscht den B über Eigenschaften seines Grundstücks und verleitet ihn zum Kauf für einen unverhältnismässig hohen Preis. Der Notar C, mit den Umtrieben des A bekannt, verbrieft das Kaufgeschäft. (§ 263) — A schreibt unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt ein Zeugnis über seinen Gesundheitszustand und macht davon zur Täuschung einer Versicherungsgesellschaft Gebrauch. C, von der Gesellschaft befragt, hat wider besseres Wissen und im Einverständnis mit A bestätigt, dass der Aussteller der Urkunde ein Arzt sei. (§ 277.) —

Es kann hier keinem Zweifel unterliegen, dass C sich der Beihilfe zum Ehebetrug, zur Erschleichung des ausserehelichen Beischlafs, zum Betrug und zum Delikt des § 277 schuldig macht. Und dennoch hat er nur eine der verschiedenen Tätigkeiten gefordert, die sich zum Delikte verbinden, und auch nicht eine solche Tätigkeit, welche kausal für die übrigen ist. — Und so gewinnen wir folgendes Prinzip: Wenn sich ein Delikt aus mehreren Tätigkeiten zusammensetzt, so ist durch die Teilnahme an einer einzigen dieser Tätigkeiten die Teilnahme am ganzen Delikt begründet.[1])

---

[1]) Es kann hier die Frage dahingestellt bleiben, ob der Vorsatz des Teilnehmers vorhanden sein muss, bevor überhaupt eine der verschiedenen Tätigkeiten begangen ist, oder ob es genügt, wenn er nach Vollendung einzelner Tätigkeiten von ihnen erfährt und in diesem Bewusstsein alsdann seine eigene Teilnahmehandlung setzt.

Zur Widerlegung dieses Prinzips würde sich nun Krug auf seine schon zitierte Position berufen: „dass gleichwie die blosse Gedankensünde ohne kausale äussere Wirksamkeit niemals strafrechtliche Schuld erzeugt, so auch niemals die blosse Vorstellung der Gemeinsamkeit, sondern lediglich tatsächliche, ursächliche Verbundenheit strafrechtliche Schuldgemeinschaft zu bewirken vermag“. Und er würde uns folgende Sätze entgegen halten: Nur wer einen Erfolg verursacht, haftet für ihn; wer nur die Wegnahme, nicht den Einbruch befördert, kann also für den Einbruch nicht verantwortlich sein. — Allerdings gibt es keine Schuld ohne Verursachung, wie ein Fundamentalsatz des Strafrechts lehrt. Nun kann aber der Gesetzgeber dem zu verursachenden Erfolg einen beliebigen Inhalt geben. Er kann ihn auch aus mehreren Teilerfolgen zusammensetzen, und wer dann nur einen der Teilerfolge verursacht, wird dadurch auch für den Gesamterfolg kausal, der eben ohne seine Tätigkeit nicht zustande gekommen wäre, weil ohne sie die Verbindung der sämtlichen Teilerfolge zu einer Einheit sich nicht verwirklicht hätte. Und deshalb kann das gewonnene Prinzip nicht durch die Einwendung entkräftet werden, dass nur der verursachte Erfolg zur Schuld anzurechnen sei.

Das gewonnene Prinzip nun durchbricht die Theorie Krugs und führt zu folgendem Ergebnis, welches mit dieser Theorie in direktem Widerspruch steht:

Die Momente der Tat sind niemals individuell anzurechnen.

Mit der Herleitung dieses Satzes, welcher durchaus der herrschenden Lehre entspricht, ist ein bedeutender Teil unseres Problems gelöst, und so hat uns die Kritik von Krugs Konstruktion zugleich ein Stück der eigenen Theorie geliefert. Wir gehen nun in der Darstellung der Literatur weiter und kommen zu denjenigen Lehren, welche im Gegensatz zu Krug eine individuelle Anrechnung nur bei den Willensmomenten zulassen.

Danach ist fraglich, ob derjenige für Einbruchdiebstahl haftet, welchen der Täter herbeiruft, um ihn bei der Wegnahme der schweren Beute zu unterstützen, und welcher erst jetzt von dem bereits vollendeten Einbruch erfährt. — Es sind dies Erörterungen, welche in eine Lehre vom Vorsatz oder von der Teilnahme gehören.

β) Die Definition der persönlichen Umstände als Willensmomente.

Birkmeyer. Die französische Literatur. Kohler.

§ 6.

v. Buri, in seiner Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und von der Begünstigung,[1] unterscheidet zwei Arten von persönlichen Qualifikationen, nämlich solche, die sich im Erfolge objektivieren, und solche, die umgekehrt nur an der Person haften. Wann aber objektiviert sich eine Qualifikation im Erfolg? Jedesmal dann, sagt v. Buri, wenn sie mit dem Objekt des Verbrechens in Berührung kommt: „Die besonderen persönlichen Qualifikationen des einen Teilnehmers am Verbrechen können entweder solche sein, welche lediglich an seiner Person haften und mit dem Objekt des Verbrechens in keine Berührung kommen. Für diese Qualifikationen, zu welchen namentlich Jugend, Rückfall, sowie die allgemeinen Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe gehören, haften, insoweit sie straferhöhend sind, die übrigen Teilnehmer, sollten sie gleich bei Vornahme ihrer Tätigkeit Kenntnis davon gehabt haben, nicht, denn das Band, welches unter den verschiedenen Teilnehmern besteht, wird nicht durch die Einheit der Personen, sondern, wie schon ausgeführt, durch die Einheit des Erfolges hergestellt. Es verliert aber auch aus diesem Grunde der einzelne Teilnehmer durch das Zusammenhandeln mit andern seinen Anspruch auf diese Qualifikationen, insoweit sie strafvermindernd sind, nicht, so wenig als die übrigen Teilnehmer einen Anspruch auf diese Qualifikation für sich herleiten dürfen. Die besonderen persönlichen Qualifikationen des einzelnen Teilnehmers können aber auch so beschaffen sein, dass sie sich im Erfolge objektivieren. Das ist der Fall, wenn das Gesetz verordnet, dass der Gast, welcher im Wirtshaus eine Sache entwendet, der Fuhrmann, der die ihm anvertraute Sache unterschlägt, der Goldarbeiter, welcher Kupfer für Gold verkauft, sich nicht des kleinen Diebstahls, Unterschlagung, Betrugs, sondern des in der Strafbarkeit einen Grad höher stehenden einfachen Diebstahls etc. schuldig machen, somit aber diesen Personen gegenüber ein grösserer als der gewöhnliche Schutz bestehen solle. Hat sich nun aber

---

[1]) p. 12 f., 72 f.

die persönliche Qualifikation des Gastes, Fuhrmanns, Goldarbeiters objektiviert, so kann es nach den seitherigen Ausführungen keinem Zweifel unterliegen, dass diejenigen, welche in Gemeinschaft mit diesen Personen stehlen, unterschlagen, betrügen, sich gleichfalls des einfachen Diebstahls etc. schuldig machen, denn die betreffenden Qualifikationen sind ein Bestandteil des eingetretenen Erfolges geworden, welchen sie, da sich auch ihre Tätigkeit im Erfolge vorfindet, in seinem ganzen Umfang zu verantworten haben.“

Dass es sich bei all diesen persönlichen Qualifikationen um Willensmomente handelt, wird später, bei der Darlegung der eigenen Theorie, erläutert werden. Es sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, dass dem Gast, dem Fuhrmann, dem Goldarbeiter deshalb eine höhere Schuld zugeschrieben wird, weil diese seine Eigenschaft ihn mehr als einen andern vom Diebstahl, von der Unterschlagung, vom Betrug hätte abhalten sollen, dass ferner beim Rückfälligen der Hang zum Verbrechen straferschwerend wirkt und dass endlich der Jugendliche wegen seiner noch unvollkommenen Fähigkeit der Willensbildung besondere Nachsicht verdient.

Wie ist nun v. Buris Unterscheidung zu denken? Inwiefern objektiviert sich die persönliche Qualifikation nicht im ersten, wohl aber im zweiten Fall? Gehen wir von dem Beispiel des Goldarbeiters aus: Seine Schuld wird durch seine Berufsstellung erhöht. In welcher Weise objektiviert sich nun seine Eigenschaft als Goldarbeiter im Erfolg, in welcher Weise wird sie ein Bestandteil des Erfolges, wie kommt sie mit ihm in Berührung? Der Erfolg seines Betruges ist der Vermögensnachteil des Käufers. Diese Vermögensschädigung steht aber mit der persönlichen Qualifikation des Täters in keiner andern Beziehung als derjenigen, dass die Schädigung durch einen Goldarbeiter verschuldet ist; diese Beziehung besteht indes auch zwischen dem Jugendlichen und dem Erfolg seines Deliktes, und sie gehört also nicht zu denjenigen, welche im Sinne v. Buris die persönliche Qualifikation objektivieren. Mag man nun auch den Begriff des Erfolges weiter fassen und darunter nicht bloss den Enderfolg, sondern auch die ganze Reihe der zu ihm führenden Zwischenerfolge verstehen, mithin die gesamte Tat, so wird das Ergebnis dasselbe bleiben: Man wird zwischen der Tat und der persönlichen Qualifikation

des Täters keine andere Beziehung finden als immer nur die eine, dass die Tat durch einen Goldarbeiter begangen ist. — Ebensowenig objektiviert sich die Eigenschaft des Gastes im Wirtshausdiebstahl und die Eigenschaft des Fuhrmanns in seiner Unterschlagung. Auch der Umstand, dass dem Fuhrmann die entwendete Sache anvertraut war, kommt in der Tat in keiner Weise zur Erscheinung; das Tatbild ändert sich nicht, wenn man diesen Umstand hinwegdenkt.

Damit ergibt sich, dass v. Buris Unterscheidung nicht durchgeführt werden kann; in seinen eigenen Beispielen lässt sich die Beziehung nicht nachweisen, die er für massgebend erklärt. Und der Grund ist darin zu suchen, dass der Begriff, den er mit der Objektivierung verbindet, nicht existiert, nicht gedacht werden kann. — Die Objektivierung ist in Wahrheit nichts anderes als die Verwirklichung in der äusseren Welt. Die Objektivierung eines Momentes im Erfolg bedeutet also, dass dies Moment Bestandteil des Erfolges ist. v. Buri selbst gibt diese letzte Definition.[1]) Man würde aber seiner Lehre nicht gerecht, wenn man ihr diesen Begriff der Objektivierung unterlegen wollte. Denn bei dieser Auslegung würde folgen, dass eine persönliche Qualifikation sich überhaupt nicht im Erfolg objektiviert, da sie nach ihrem eignen Begriff niemals Bestandteil des Erfolges sein kann.

Schon Birkmeyer hat sich in seiner Lehre von der Teilnahme[2]) gegen v. Buri mit dem Vorwurf gewandt, dass er einen falschen Begriff mit der Objektivierung der persönlichen Momente im Erfolg verbinde: „Nicht schon dann lässt sich u. E. behaupten, die persönlichen Qualifikationen hätten sich so, dass alle Teilnehmer dafür haften müssen, im Erfolg objektiviert, wenn sie „mit dem Objekt des Verbrechens in Berührung gekommen“ sind. Sondern nur dann ist dies der Fall, wenn die besondere persönliche Eigenschaft des Mitwirkenden sich so im Erfolg abgelagert hat, dass dieser Erfolg bestehen bleibt, wenn wir ihn uns auch gänzlich losgelöst von seinen Ursachen betrachten. Erscheint uns dagegen der Erfolg als ein verbrecherischer überhaupt oder doch als ein besonders ausgezeichneter nur dann, wenn wir uns

---

[1]) Am Ende der oben zitierten Stelle.

[2]) p. 71—75.

eine bestimmte Persönlichkeit als Ursacher vorstellen, so können wir auch nicht sagen, dass deren persönliche Eigenschaften sich im Erfolg objektiviert haben. Zwar also, um einige von v. Buris Beispielen zu beleuchten, wenn der A die B genotzüchtigt hat, liegt schon rein objektiv betrachtet der Erfolg einer mit Gewalt zur Duldung des ausserehelichen Beischlafes genötigten Frauensperson vor, sodass jeder, der für diesen Erfolg mitwirksam gewesen ist, ihn in Konsequenz der v. Burischen Kausaltheorie ganz zu verantworten hat, auch wenn die Mitwirksamkeit von einer Frau ausging. Wenn dagegen der C seinen Aszendenten D, oder wenn die uneheliche Mutter E ihr Kind F getötet hat, dann können wir von dem Erfolg eines Aszendententotschlages, einer Kindestötung im technischen Sinn nur reden, sofern wir uns den C oder die E als Ursache zu diesem Erfolge denken. Rein objektiv betrachtet liegt in beiden Fällen nur die Tötung eines Menschen überhaupt vor. Die persönlichen Eigenschaften, welche diesen Erfolg für den C, für die E zu einem ausgezeichneten machen, sind also im Erfolg nicht objektiviert, und v. Buris Teilnahmetheorie, richtig angewandt, führt also dazu, dass jene persönlichen Eigenschaften weder den mit C für den Erfolg mitwirksam Gewesenen zum Nachteil, noch den mit der E zum Erfolg Zusammenwirkenden zum Vorteil gereichen."

Auch Birkmeyer versteht also unter der Objektivierung eines Momentes im Erfolg: die Eigenschaft dieses Momentes, Bestandteil des Erfolges zu sein; es deckt sich mithin sein Begriff der Objektivierung mit dem unsrigen, den wir soeben aufgestellt haben.

Unter dem Erfolg versteht er offenbar die ganze Tat, nicht nur den Enderfolg. Denn es ist selbstverständlich, dass der Enderfolg, als gemeinschaftlich verursacht, allen Beteiligten anzurechnen ist, und es ist weiter selbstverständlich, dass es ausser ihm noch Zwischenerfolge gibt, welche gemeinschaftlich verursacht sind und daher der gleichen Beurteilung unterliegen. Mit dem Begriff des Erfolges kann aber nur zweierlei bezeichnet werden: entweder in einem engen Sinne der letzte Erfolg oder zugleich in einem weiten Sinne die ganze Kette der Zwischenerfolge, also die ganze Tat. — Dass Birkmeyer den Begriff in seinem weiten

Sinne denkt, ist auch daraus ersichtlich, dass er bei der Notzucht die Gewalt zum Erfolge rechnet, obwohl sie nicht zum Enderfolg gehört, sondern nur ein Mittel für ihn bedeutet. — Von dieser Gleichsetzung des Erfolges mit der Tat ist auszugehen, wenn man den Satz Birkmeyers richtig interpretieren will: dass eine Objektivierung stattfinde, wenn ein Moment sich derart im Erfolg ablagere, dass dieser Erfolg bestehen bleibe, wenn er auch gänzlich losgelöst von seinen Ursachen betrachtet werde. Die Tat soll mithin von ihren Ursachen losgelöst werden, das heisst von den Momenten, welche dem inneren Teil der Handlung angehören, und ist die Tat als solche in dieser Weise isoliert, so bestimmt sich die Objektivierung nach der Zugehörigkeit zu dieser Tat.

Versteht man Birkmeyers Theorie in dieser Weise, so stellt sich die Kritik als unbegründet dar, welche Krug gegen sie übt: [1]) „Birkmeyer — so meint er — identifiziert irrigerweise den objektiven Erfolg mit dem sinnlich wahrnehmbaren Reste der Handlung und verkennt völlig die Stellung des Deliktes als verursachtes und verursachendes Ereignis in dem Gebiete des Rechts. Ebensogut, wie zu sagen, im Falle des Inzestes liege der objektive Erfolg einer von einem Verwandten bestimmten Grades geschlechtlich gebrauchten Person vor, kann man auch im Falle des Ascendententotschlages nicht die Tötung eines Menschen, sondern gerade die Tötung eines Vaters oder einer Mutter als Erfolg bezeichnen. Kurz, es ist eben falsch und unmöglich, die Ursache, wie dies Birkmeyer tut, durch rein äusserliche Trennung vom Erfolge loslösen zu wollen, da jeder Erfolg sich nur als Wirkung einer Ursache darstellt und da, wo die besondere Qualität der Ursache von strafrechtlichem Belang ist, der Erfolg eben nur als Wirkung der bestimmten Ursache Bedeutung gewinnt. Es wird dies sofort einleuchtend, sobald man bei einem Delikte, bei dem eine bestimmte Qualität Voraussetzung der Begehung ist, nach dem Erfolge fragt."

Dem ist einmal zu entgegnen, dass Birkmeyer den objektiven Erfolg nicht mit dem sinnlich wahrnehmbaren Reste der Tat gleichsetzt, sondern mit der Tat selbst als einer Reihe fort-

---

[1]) p. 19—20.

laufenden Geschehens in der Vergangenheit und ohne Rücksicht darauf, ob die einzelnen sie konstituierenden Teilerfolge noch sinnlich wahrnehmbar sind. Könnte er sonst bei der Notzucht die Gewalt zum Erfolge rechnen, welche doch nach vollbrachtem Delikt nicht mehr Gegenstand der Wahrnehmung ist? Und ferner ist zu erwidern, dass Birkmeyer die Stellung des Deliktes als verursachtes und verursachendes Ereignis nicht verkennt; denn die Tat, in welcher die Objektivierung stattfinden soll, ist eine ganze Ursachenreihe von der Betätigung bis zum Enderfolg, und sie wird nur von denjenigen Ursachen losgelöst, welche dem innern Teil der Handlung angehören. Somit ist vollkommen deutlich, dass nach Birkmeyers Konstruktion sich nicht der Inzest oder der Aszendententotschlag, sondern nur der Beischlaf und die Tötung objektiviert, und die hier von Krug angeregten Zweifel erweisen sich als unbegründet.

Birkmeyer gelangt also zu einem Prinzip der individuellen Haftbarkeit, nach welchem die Momente der Tat niemals, alle andern Deliktselemente immer persönlich anzurechnen sind. Weil nun ein Delikt sich nur aus Willen und Tat zusammensetzt, so fallen seine sämtlichen Elemente, die nicht zur Tat gehören, unter den Willen. Und so führt Birkmeyers Lehre zu dem Ergebnis, dass unter den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen des § 50 alle Willensmomente zu verstehen sind. Für die Tat würde hiernach eine solidarische, für den Willen eine individuelle Haftung bestehen.

Das gleiche Prinzip der Unterscheidung beherrscht die französische Doktrin. Auch hier werden die persönlichen Momente der Teilnehmer in Gegensatz gestellt zu den Momenten der Tat, und die überwiegende Ansicht geht dahin, dass bei Anlegung eines rationellen Massstabes, bei Beurteilung nach allgemeinen Grundsätzen der Billigkeit die Teilnehmer für alle Tatumstände verantwortlich zu machen seien, für die übrigen Umstände des Delikts hingegen nicht. Die grosse Streitfrage ist aber die, ob mit der lex lata dieses rationelle Prinzip individueller Anrechnung vereinbar sei. Der Code Pénal statuiert nämlich die akzessorische Natur der Teilnahme schlechthin, ohne sie durch eine Ausnahme, ähnlich der des § 50 im deutschen St.G.B., zu durchbrechen. Gehen wir also von dem deutschen zu dem französischen Recht

über, so dreht sich das Problem vollständig um: Im deutschen Recht gibt es unzweifelhaft persönlich anzurechnende Momente, und es ist nur bestritten, welches diese Momente sind. Im französischen Recht ist die Hauptfrage die, ob eine individuelle Anrechnung von Deliktsmomenten prinzipiell gerechtfertigt werden könne; ist aber diese Frage bejaht, so ist man über den Begriff der persönlichen Momente ziemlich einig. Es ist nun die Auseinandersetzung der französischen Theorie mit der lex lata für uns ohne Interesse; um so grössere Bedeutung hat aber für uns, die wir ein Prinzip aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten versuchen, der Satz der Theorie, dass die Gerechtigkeit die solidarische Haftung für die Momente der Tat und die individuelle Haftung für die übrigen Momente erfordere. — Es wird aber bei der nun folgenden Darstellung der französischen Lehre nicht möglich sein, beide Fragen völlig auseinander zu halten.

Es besteht zunächst in Literatur und Rechtsprechung de lege lata nahezu Einigkeit darüber, dass ein strafänderndes Moment, welches nur bei dem Teilnehmer vorliegt, für diesen ohne Bedeutung bleibt.[1]) Der Sohn, welcher zur Tötung seines Vaters Hilfe leistet, ist demnach als Teilnehmer an einer gemeinen Tötung zu bestrafen. Insoweit bleibt die akzessorische Natur der Teilnahme unangetastet, und der Streit dreht sich nur darum, ob ein strafänderndes Moment, welches bei dem Haupttäter gegeben ist, ausnahmslos auch auf den Teilnehmer wirkt.

Es ist ferner unbestritten, dass der straferhöhende Umstand des Rückfalls und der Strafminderungsgrund der Jugend nur persönlich wirken. Dieser Satz folgt bei den einen ohne weiteres daraus, dass sie alle Momente individuell anrechnen, die nicht Tatmomente sind; die andern gelangen zu dem gleichen Ergebnis, indem sie — in Übereinstimmung mit einer schon erwähnten Theorie des deutschen Rechts[2]) — Jugend und Rückfall für höchst-

---

[1]) Garçon, No. 398 f. zu art. 59 f., Band I, p. 157; Dalloz, Répertoire, p. 453 f.; No. 25 f.; Garraud, Band II, No. 280; Blanche, Band II, No. 36; Le Sellyer, Band II, p. 451; Bertauld, p. 514; Ortolan, p. 613; Villey, p. 173; Trébutien, Band I, No. 717; Morin, No. 9. — Abweichend Chauveau-Hélie, Band I, No. 306; Molinier-Vidal, Band II, p. 273, welche auch hier gesonderte Beurteilung fordern.

[2]) Oben p. 13.

persönliche Momente erklären, welche ihrem ureigenen Wesen zufolge dem Prinzip von der akzessorischen Natur der Teilnahme unerreichbar sind.[1])

Dann aber beginnt die Kontroverse.

Vereinzelte Autoren fordern die solidarische Haftung für alle straferhöhenden Umstände sowohl auf Grund des Gesetzes als auch auf Grund der materiellen Gerechtigkeit. Sie würden diesen Standpunkt auch behaupten, wenn das Gesetz der Wissenschaft volle Freiheit gelassen hätte.[2]) Anders bei den strafmindernden Umständen. Hier lassen die meisten dieser Autoren nur die privilegierenden Tatmomente dem Teilnehmer zu gute kommen.[3]) „L'excuse n'est pas communicable au complice...", sagt Bertauld. „Toutefois si l'excuse résultait, non pas d'une qualité personnelle à l'agent principal, mais de circonstances inhérentes à l'infraction elle-même, ... l'amoindrissement de la gravité intrinsèque du fait devrait entraîner l'amoindrissement de la responsabilité du complice".

Eine zweite, weitverbreitete Lehre zieht in Übereinstimmung mit der fast ständigen Judikatur des Kassationshofes die strenge Konsequenz aus dem Gesetz, dass eine individuelle Anrechnung straferhöhender Momente regelmässig unzulässig sei, verwirft aber diese Strenge der lex lata von einem höhern Standpunkt aus und bekennt sich de lege ferenda zu der Ansicht, dass die solidarische Haftung nur bei den Tatmomenten der materiellen Gerechtigkeit entspreche. So führt z. B. Villey aus: „Un difficile problème reste à résoudre: Les circonstances aggravantes ou atténuantes ont-elles effet relativement au complice? Il faut distinguer les circonstances réelles, prises dans le fait lui-même (comme l'écriture publique, de commerce ou de banque, dans le faux

---

[1]) Garçon, Band I, p. 159, No. 440 f.; p. 160, No. 452; Dalloz, Répertoire, p. 463, No. 41 f., p. 453, No. 23; Supplément p. 492, No. 40, p. 489, No. 18; Garraud, Band II, No. 281, 282; Blanche, Band II, No. 33, 35; Le Sellyer, Band II, p. 450 f., 452 f., 468 f.,; Bertauld, p. 514, 515; Ortolan, Band I, No. 1303; Trébutien, Band I, No. 712, 715; Villey, p. 171; Chauveau-Hélie, Band I, No. 305, 306.

[2]) Blanche, Band II, No. 11; Le Sellyer, Band II, p. 447 f.; Bertauld, p. 511 f.; Trébutien, Band I, No. 712 f.

[3]) So Bertauld, p. 515 f.; Le Sellyer Band II, p. 449 f.; Trébutien, Band I, No. 715 f. Nur Blanche (Band II No. 23) wendet konsequent das gleiche Prinzip auf beide Arten von strafändernden Momenten an.

[art. 147]; comme l'effraction, l'escalade, les fausses clefs, dans le vol), les circonstances personnelles, tirées de la qualité de l'agent (comme la qualité de fonctionnaire ou d'officier public dans le faux, celle de domestique dans le vol). Les circonstances aggravantes réelles réagissent sur le complice . . . . La question est plus délicate relativement aux circonstances aggravantes personnelles. Les unes sont tout à fait étrangères au fait lui-même, et ne réagissent ni sur sa qualification, ni même sur sa criminalité intrinsèque: par exemple, l'état de récidive de l'auteur principal . . . . D'autres réagissent sur le fait, en lui imprimant soit une criminalité objective plus grande (comme dans le faux commis par un fonctionnaire, le vol par un domestique), soit même une qualification différente (par exemple le parricide). Le complice doit-il subir l'aggravation qui en résulte? Rationellement, la négative nous paraît certaine: l'assimilation du complice à l'auteur principal, très rigoureuse dans tous les cas, devient ici tout à fait inique: on a beau dire que pareille circonstance aggravante augmente l'immoralité intrinsèque du fait, il est évident qu'il n'y a pas justice à punir de la même peine le complice du fils parricide et ce fils lui-même, le complice du fonctionnaire public faussaire et ce fonctionnaire, le complice du domestique infidèle et ce domestique: le crime n'est pas égal, car l'un a méconnu des sentiments et violé des devoirs étrangers à l'autre.[1]) Der gleichen Ansicht ist Garçon, welcher unterscheidet zwischen „circonstances aggravantes personnelles“ — dahin zählt er auch die Überlegung — und „circonstances aggravantes inhérentes au crime“, „qui tienneut au fait lui-même“, „qu'on appelle souvent matérielles ou réelles“.[2]) Dalloz erkennt die solidarische Haftbarkeit an für die „circonstances aggravantes qui se rattachent au mode matériel de perpétration du crime“. „La question est plus délicate — so fährt er weiter — en ce qui touche la circonstance purement intentionnelle de la préméditation.“ Hier fordert er von einem rationellen Standpunkt aus die individuelle Anrechnung und ebenso bei den „causes d'aggravation étrangères au mode de perpétration, matériel ou intellectuel, du crime ou du

---

[1]) p. 170 f.

[2]) Band I, p. 459 f., No. 409 f., 415 f., insbesondere No. 409, 415, 416.

délit, et qui dérivent uniquement de l'existence, dans la personne de l'auteur principal, d'une qualité dont l'effet est d'augmenter la criminalité individuelle de cet agent".[1]) Dieselbe Auffassung teilen Ortolan[2]) und Molinièr-Vidal.[3]) — Die genannten Autoren halten ihre Auffassung konsequent auch für die strafmindernden Umstände aufrecht, während die Judikatur schwankt.[4])

Eine dritte, von bedeutenden Autoritäten verfochtene Lehre geht endlich soweit, auch de lege lata, der akzessorischen Natur der Teilnahme zum Trotz, die solidarische Haftung auf die Tatmomente zu beschränken. Garraud argumentiert in folgender Weise: „On distingue deux espèces de circonstances aggravantes légales: les unes sont objectives ou réelles; les autres sont subjectives ou personnelles. Les premières sont prises dans l'infraction elle-même; elles lui sont inhérentes, et se communiquent, par conséquent, à tous ceux qui ont pris part à l'infraction" . . . . „Les circonstances aggravantes, qui résultent de qualités et de rapports personnels, doivent rester, au contraire, à la charge de l'agent dans la personne duquel elles se rencontrent, sans pouvoir nuire à ses complices. Mais ce principe est-il absolu?" . . . . „Il est des circonstances aggravantes, qui, sans doute, ne tiennent pas au fait matériel de l'infraction, qui émanent d'une qualité personnelle dont l'un des délinquants est investi, mais qui, néanmoins, influent sur le titre même du délit. Le complice doit-il subir l'aggravation qui en résulte? Ainsi, la qualité de domestique chez l'auteur du vol se communique-t-elle aux complices non domestiques? La qualité d'officier public rend-elle pire la condition de ceux qui prennent part au faux commis par un notaire? La qualité de fils chez le meurtrier aggrave-t-elle la responsabilité des complices du parricide? L'état de préméditation de l'auteur principal d'un meurtre a-t-il une influence aggravante sur la situation des

---

[1]) Répertoire, p. 458 f., No. 36 f., insbesondere No. 36, 38, 40. Supplément p. 489 f., No. 24 f., insbesondere No. 29, 30, 32. Dass Dalloz für die Überlegung individuelle Anrechnung fordert, geht nicht aus dem Supplément, wohl aber aus dem Répertoire No. 40 hervor.

[2]) Band I, No. 1304.

[3]) Band II, p. 272.

[4]) Vergl. Garçon, Band I, p. 459 f., No. 445 f.

complices de ce meurtre? La qualité de père de l'enfant, dans un attentat à la pudeur, chez l'auteur principal, aggrave-t-elle la criminalité du complice? Il n'est certainement pas juste de punir de la même peine le complice du fils parricide, et ce fils lui-même, le complice du domestique infidéle et ce domestique, car le crime n'est pas également coupable pour l'un et pour l'autre, puisque l'agent, fils ou domestique, a méconnu des sentiments et violé des devoirs qui sont étrangers au complice. En vain, dira-t-on, que la qualité de fils ou de domestique, modifiant la criminalité du fait principal auquel le complice a participé, aggrave, par cela même, sa culpabilité: car, cette modification, résultant d'une qualité personnelle à l'auteur, ne doit produire d'effet aggravant que pour celui-là seul en la personne duquel cette qualité se rencontre... Tout système qui étend aux complices les circonstances aggravantes personnelles à l'auteur principal, oublie une règle fondamentale: à savoir que la complicité n'est pas accessoire à la personne de l'auteur, mais au fait du délit, qu'elle est réelle et non personelle."[1]) Auf dem gleichen Standpunkt stehen Chauveau und Hélie: „Les circonstances inhérentes au fait, et qui en aggravent le caractère, doivent peser sur les complices, ... parce que leur participation les répute auteurs eux-mêmes de ce fait. Mais celles qui n'appartiennent point au fait, et qui n'aggraveraient point leur crime, même quand ils en seraient les auteurs, comment les en rendre responsables? Ces circonstances n'appartiennent point au crime; elles n'entrent pas non plus dans le calcul ordinaire de la peine; elles dérivent de la seule qualité d'une personne; elles sont personnelles et l'aggravation qu'elles entraînent ne peut être étendue.[2]) Dieselbe Auffassung vertreten Boitard[3]) und Laborde.[4])

Damit ist gezeigt, dass in der französischen Literatur die durchaus herrschende Lehre von einem Standpunkt rationeller Beurteilung aus die solidarische Verantwortlichkeit nur bei den Tatmomenten anerkennt; und wenn vereinzelte Autoren für die straferhöhenden Umstände abweichender Ansicht sind, so kehren

---

[1]) Band II, p. 466 f., No. 281. S. auch No. 282.

[2]) Band I, p. 455, No. 305.

[3]) 12°, Leçon, No. 163.

[4]) No. 644—647.

sie wenigstens bei der Beurteilung der strafmindernden Umstände zu der herrschenden Auffassung zurück. Es kann nach den zitierten Definitionen kein Zweifel darüber bestehen, dass die in der französischen Literatur massgebende Unterscheidung zusammenfällt mit den zwischen Tat- und Willensmomenten. Wo die Definition nicht völlig klar erscheinen sollte, werden die Beispiele, welche zu jeder Kategorie zitiert sind, über die Natur der Unterscheidung keinen Zweifel bestehen lassen. Und wo die angewandten Begriffe unbestimmt sein sollten, da ist zu beachten, dass der Begriff der „circonstances personnelles" unbestritten ist, dass seine Grenze allgemein feststeht und dass demnach ein jeder Autor diesen Begriff in der üblichen Bedeutung gebraucht, wenn er nicht ausdrücklich ein anderes erklärt. Vor unser Problem der Interpretation des § 50 gestellt, würde also die französische Lehre die individuell anzurechnenden Momente mit denjenigen Umständen identifizieren, die wir die Willensmomente genannt haben.

Das gleiche Prinzip wie die französische Doktrin vertritt der belgische Gesetzgeber des Jahres 1867, nur mit dem Unterschiede, dass er das Prinzip konsequenter verfolgt und auch die persönlichen Momente, die bei dem Teilnehmer vorliegen, — nicht bloss die bei dem Täter vorhandenen — wirksam werden lässt. Wie schon erwähnt, bestimmt nämlich der belgische Code Pénal in Art. 69: „Les complices d'un crime seront punis de la peine immédiatement inférieure à celle qu'ils encourraient, s'ils étaient auteurs de ce crime". Will man die Teilnehmer als Täter fingieren, so muss man ihnen eine andere Tat zuschreiben; die interessierenden Willensmomente hingegen bleiben dieselben, und so gelangt man zu dem Resultat, dass der belgische Code Pénal die Willensmomente individuell anrechnet. Zugleich lässt die gesetzliche Bestimmung keinen Zweifel darüber, dass die strafändernden Momente des Willens unabhänging davon ihre (individuelle) Wirksamkeit äussern, ob sie in der Person des Täters oder in der Person des Teilnehmers gegeben sind. In diesem Sinne äussert sich auch Haus:[1]) „On distingue deux espéces de circonstances aggravantes: les unes sont objectives ou intrinsèques; les autres sont subjectives ou personnelles. Les premières font partie du

[1]) Band I, No. 571 f.

crime même; elles lui sont inhérentes, et se communiquent, par conséquent, à tous ceux qui ont participé à ce crime".[1]) . . . „Les circonstances aggravantes qui résultent de qualités ou de rapports personnels restent à la charge de celui des participants dans la personne duquel elles se rencontrent, sans nuire aux autres, quand même ils auraient connu ces circonstances; car celles-ci sont attachées à la personne. Telles sont particulièrement la récidive, la préméditation, la qualité de fonctionnaire, de domestique, de père, de fils, et généralement toute qualité du délinquant à raison de laquelle la peine est aggravée".[2]) . . . „Conformément au principe établi par le Code pénal, la circonstance aggravante ou l'excuse qui est personnelle à l'auteur, ne peut nuire ou profiter au complice. D'un autre côté, le juge doit élever ou abaisser la peine du complice à raison de la circonstance aggravante ou de l'excuse personnelle de ce dernier".[3]) [4])

Mit dieser Lehre werden wir uns auseinanderzusetzen haben.

Es soll ihr jetzt noch eine andere Theorie gegenübergestellt werden, welche die individuelle Anrechnung nicht bei allen, sondern nur bei einer gewissen Kategorie von Willensmomenten zulässt. Wir meinen die Lehre, welche Kohler in seiner Studie über die Anstiftung entwickelt hat.[5]) „Der richtige Sinn des § 50 R.St.G.B. ist, — so führt er aus — dass allerdings der

---

[1]) No. 571.

[2]) No. 573.

[3]) No. 584.

[4]) Auch das italienische Gesetzbuch kennt die Unterscheidung zwischen Tat- und Willensmomenten, indem es die erschwerenden Tatmomente vollständig, die beim Täter vorliegenden Willensmomente dagegen nur mit einem Abschlag an der Strafe dem Teilnehmer anrechnet. So bestimmt Artikel 65:

„Le circonstanze e le qualità inerenti alla persona, permanenti o accidentali, per le quali si aggrava la pena di alcuno fra quelli che sono concorsi nel reato, ove abbiano servito ad agevolarne la esecuzione, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui vi sono concorsi; ma la pena può essere diminuita di un sesto..."

Artikel 66:

„Le circonstanze materiali che aggravano la pena, ancorchè facciano mutare il titolo del reato, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui sono concorsi nel reato."

[5]) Studien, Band I, p. 137 f. Vergl. auch Archiv für Strafrecht, Band LI, p. 173—174.

Anstifter bestraft wird, welcher indirekt, durch Vermittelung einer anderen Person (durch das Medium des Angestifteten) Rechte, Rechtsinstitute oder Rechtsinteressen trifft, welche er zu respektieren hat und welche auch für ihn Gegenstand der Verletzung sein können; und er wird bestraft, auch wenn ihm das betreffende Angriffsobjekt nur durch Vermittlung einer dritten Person zugänglich war: denn hier handelt es sich um faktische Umstände, welche nur die Erreichbarkeit des betreffenden Objekts in Frage stellen; das sind faktische Elemente des Deliktes, welche bei dem Anstifter nicht vorhanden zu sein brauchen, bezüglich welcher es genügt, wenn sie bei einem andern Teilnehmer vorhanden sind, durch dessen Medium das betreffende Recht oder Interesse erreicht wird. Wo dagegen nicht die Erreichbarkeit des „Rechtsgutes" durch die persönliche Eigenschaft bedingt ist, sondern wo die massgebende Beziehung, um deren Verletzung es sich handelt und deren Verletzung das Delikt involviert, überhaupt nur für die betreffende qualifizierte Person vorhanden ist; oder wo das betreffende Recht oder Interresse für die eine Person in mehr oder minder frappanter und beherzigenswerter Weise vorhanden ist, wo bezüglich der einen Person ein stärkeres noli me tangere besteht, als bezüglich der anderen — da muss der Satz gelten, dass eine jede Persönlichkeit nur soweit verantwortlich ist, als das betreffende „Gut" für sie vorhanden oder für sie in einer mehr oder minder verletzbaren Weise vorhanden ist. Das ergibt sich aus dem Zusammenhalt des § 50 mit dem § 247 R.St.G.B. Ist auch im § 247 nur ein Detailfall erwähnt, so ergibt sich aus dem Zusammenhalte mit § 50 doch das sichere Prinzip, dass das Gesetz die Zusammengehörigkeitseigenschaften, welche für die Bestrafung von Bedeutung sind, für jeden Teilnehmer besonders behandelt wissen will." Es dürfen diese beiden scharf unterschiedenen Fälle nicht verwechselt werden, meint Kohler, nämlich „der Fall, bei welchem ein „Rechtsgut" nur für die eine Person existiert, — oder in höherem Masse existiert, so müssten wir im Sinne Kohlers hinzufügen — mit dem andern Falle, wo das „Rechtsgut" für alle existiert, aber nur durch das Medium einer bestimmt qualifizierten Person erreichbar ist."

Kohler wendet hier das Prinzip der individuellen Verantwortlichkeit nur auf diejenigen Fälle an, in welchen ein

bestimmtes Rechtsgut mit bestimmten Personen in einer derartigen Beziehung steht, dass nur sie dieses Rechtsgut verletzen können oder dass ihr Angriff es in besonderem Masse verletzt. Es zählen also nicht hierher die strafentscheidenden oder die strafändernden Beziehungen, welche zwischen bestimmten Subjekten und einem jeden Rechtsgut bestehen, wie z. B. die Jugend. Und es gehören ferner nicht hierher die Beziehungen, die allgemein betrachtet für alle Subjekte bestehen können, wie z. B. die Überlegung, die gewinnsüchtige Absicht. Nur die mit einer Person dauernd verbundene eigentümliche Relation zu einem individuellen Rechtsgut ist dem Teilnehmer persönlich anzurechnen. Die wichtigsten Beziehungen dieser Art sind die Verwandtschaft, die Beamtenqualität und das Untertanenverhältnis. — Es wird später gezeigt werden, dass die persönliche Anrechnung dieser Qualitäten eine persönliche Anrechnung von Willensmomenten bedeutet, indem man annimmt, dass besondere Motive wider das Verbrechen mit diesen Qualitäten verbunden sind.

Ausser Kohler gibt es noch eine Reihe von Autoren, welche nur eine spezielle Art von Willensmomenten individuell anrechnen. Nur geben diese Autoren nicht das unterscheidende Prinzip, sondern nur die Konsequenzen, die sie aus ihm ziehen. Allen aber ist mit Kohler das Ziel gemeinsein, eine Art von Willensmomenten auszuzeichnen, die mit der Charaktereigentümlichkeit des Subjekts in besonders enger Beziehung stehen und deshalb recht eigentlich in seiner Persönlichkeit begründet sind.[1])

Es ist nun methodisch nicht zweckmässig, zu den Theorieen von Birkmeyer und Kohler besonders Stellung zu nehmen und in eine spezielle Erörterung der Fragen einzugehen, ob der § 50 alle oder nur diejenigen Willensmomente betrifft, welche in einer dauernden Beziehung zu einem individuellen Rechtsgut begründet sind.[2]) Es ist vielmehr jetzt die eigene Theorie systematisch zu entwickeln, und in ihr werden dann diese beiden Sonderfragen ohne weiteres ihre Beantwortung finden.

---

[1]) So bezieht das Reichsgericht den § 50 auf die Momente, „die das Wesen und die Charaktereigentümlichkeit des Menschen bezeichnen“, „die aus einer zuständlich gewordenen Willensrichtung erfliessen“, „die das Wesen des betreffenden Menschen kennzeichnen“ (Band XXV, p. 268).

[2]) Die herrschende Ansicht setzt keine Dauer des persönlichen Verhältnisses voraus. S. z. B. Olshausen, Band I, S. 217, Anm. 1 zu § 50; Ortmann, p. 392. Reichsgericht-Entscheidungen, Band XXV, p. 274.

2. Die eigene Theorie.

Die persönliche Anrechnung der Willensmomente.

aa) Das Prinzip.

Die strafändernden Willensmomente.

§ 7.

Nachdem wir bei der Kritik von Krugs Lehre den Satz aufgestellt haben, dass die Tatmomente niemals einer individuellen Anrechnung unterliegen, besteht der zweite, umfassendere Teil unserer Aufgabe in der Untersuchung, inwieweit die Willensmomente nach allgemeinen Grundsätzen der Billigkeit eine persönliche Anrechnung erfordern.

Es ist zunächst die Vorfrage zu stellen, unter welchen Gesichtspunkten das Gesetz die Strafbarkeit nach der Natur der Willensumstände erhöht oder mindert.

Es ist einmal die Intensität des verbrecherischen Willens, welche den Schuldgrad beeinflusst. Entweder haben die deliktischen Motive eine besondere Stärke; diese kann sich einerseits darin manifestieren, dass die Motive des Verbrechens die Gegenmotive überhaupt nicht oder nur in sehr beschränktem Masse aufkommen lassen und so eine normale Willensbildung nach der Charaktereigentümlichkeit des Subjekts völlig verhindern — ein Beispiel bietet in der Regel das gewohnheitsmässige Delikt; und die besondere Stärke der Verbrechensmotive kann sich andererseits darin zeigen, dass der Täter die Motive für und wider das Verbrechen ganz besonders eingehend prüft, wodurch eine aussergewöhnlich grosse Garantie für eine der Natur des Täters adäquate Willensbildung entsteht, und dass trotzdem die verbrecherischen Motive das Übergewicht erhalten — so im Fall der Überlegung. Oder die deliktischen Motive sind besonders schwach. Und darauf kann geschlossen werden, wenn das Subjekt nur deshalb zum Verbrechen gelangt, weil sein Vorstellungsleben noch nicht voll entwickelt ist oder aus irgend einem Grunde — der nur nicht in einer aussergewöhnlichen Stärke des deliktischen Motivs liegen darf, die alle anderen Rücksichten im Entstehen unterdrückt — nicht seine gewöhnliche Tätigkeit entfaltet, so dass die Gegenvorstellungen nicht hinreichend in Wirk-

samkeit treten; ein Beispiel zum ersten Falle bietet das jugendliche Alter, ein Beispiel zum zweiten Fall die verminderte Zurechnungsfähigkeit der Mutter bei Tötung des neugeborenen unehelichen Kindes. (§ 217.)

Zweitens wird der Schuldgrad beeinflusst durch den Inhalt des verbrecherischen Willens. Bei dem Vatermörder gesellt sich zu der Vorstellung der Tötung die Vorstellung des Verwandtschaftsverhältnisses. Hier tritt ein Gegenmotiv besonderer Art gegen das Verbrechen auf, und mit Rücksicht darauf, dass selbst dieses Gegenmotiv das Verbrechen nicht verhindert, erhöht sich die Schuld. Wer eine Urkundenfälschung in gewinnsüchtiger Absicht begeht, verwirkt wegen einer besonders verwerflichen Absicht eine höhere Strafe. (§ 268.) Und andererseits mindert sich die Schuld dessen, der eine Überschwemmung nur zu dem Zweck herbeiführt, sein Eigentum zu schützen. (§ 313.) Es kann also der Schuldgrad in dreifacher Weise durch den Inhalt des Willens geändert werden: einmal durch die Existenz eines besonderen Gegenmotivs, ferner durch die Existenz eines besonderen Motivs, entweder eines verwerflichen [1]) oder eines entschuldbaren.[2])

Ist damit die Einsicht gewonnen, welche Willensmomente die Strafbarkeit erhöhen und vermindern, so gelangen wir zu der Hauptfrage, inwieweit diese einzelnen Willensinhalte und Willensintensitäten nur die individuelle Strafbarkeit von Tätern und Teilnehmern beeinflussen.

αα) Die persönliche Anrechnung des besonderen Willensinhalts.

α) *Die persönliche Anrechnung des besonderen Gegenmotivs.*

§ 8.

Wir beginnen mit den besonderen Willensinhalten und hier wieder mit den besonderen Gegenmotiven und nehmen ein Beispiel zum Ausgangspunkt:

---

[1]) Oft werden sich verwerflicher Inhalt und besondere Stärke des verbrecherischen Motivs straferhöhend kombinieren.

[2]) Es kann hier eine Kombination in folgender Weise entstehen: Ein Deliktsmotiv, welches nach seinem Inhalt entschuldbar ist, entwickelt eine solche Intensität, dass es die Gegenmotive überhaupt nicht in Wirksamkeit treten lässt. Hier kann

Es kann nicht bezweifelt werden, dass die Beihilfe eines Fremden zu einem Aszendententotschlag schuldhafter ist, als die Beihilfe zu einem gemeinen Totschlag und dass die Beihilfe des Abkömmlings zur Tötung seines Aszendenten wieder um einen Grad schuldhafter ist. Der Fremde, welcher einem andern hilft seinen Vater zu töten, leiht seine Hand zu einem schwereren Verbrechen, als dem der gemeinen Tötung,[1]) aber andrerseits fühlt er nicht die Bande der Verwandtschaft wie der Sohn, der an seiner Stelle handelt. Wird also der Fremde nur für gemeinen Totschlag verantwortlich gemacht, so wird man seine Strafe schärfen; wird er hingegen für Aszendententotschlag haftbar gemacht, so wird die Strafzumessung eine milde sein. Aus welchem dieser beiden Gesichtspunkte ist er aber prinzipiell zu strafen? — Hier werden die Meinungen immer auseinandergehen. Und dieser Zwiespalt ist unvermeidlich. Denn von dem einen wie von dem andern Standpunkt wird man im Wege der Strafzumessung zu einer annähernd gerechten Strafe gelangen. Und so wird keine dieser beiden Meinungen widerlegt werden können, weil der Beweis für die Unrichtigkeit der einen oder andern Auffassung nur auf Grund ihrer ungerechten Konsequenzen möglich wäre.[2])

Wir sind schon einer analogen Situation gegenüber ge-

---

dem Täter die Stärke des Deliktsmotivs nicht zur Last gelegt werden, eben weil es einen entschuldbaren Inhalt hat. Ein Beispiel bietet der Fall des § 213, wo der Totschläger zur Tat gereizt wird und aus Rache handelt; hierbei mindert sich die Strafe.

[1]) Herzog (p. 229) spricht hier von einer „Mitschuld", welche zu der „Einzelverschuldung" hinzutritt.

[2]) Treffend sind die widerstreitenden Erwägungen bei Doerr charakterisiert (p. 352): „Wenn es auch einem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl nicht widerstreiten würde, falls die Anstiftung eines Sohnes zur Tötung seines Vaters seitens eines Fremden als Anstiftung zum qualifizierten (Aszendenten-) Totschlag zu ahnden wäre, da eine solche Tat sittlich verwerflicher erscheint als die Anstiftung eines andern zur Tötung eines Nicht-Aszendenten, wo das natürliche Pietätsgefühl nicht Platz greift, so darf doch nicht verkannt werden, dass die Teilnahme am Aszendententotschlag gegenüber der Teilnahme am gemeinen Totschlag keineswegs in demselben Verhältnis höher strafbar erscheint, als der Aszendententotschlag selbst gegenüber dem gemeinen Totschlag, ebensowenig wie Teilnahme am Kindesmord in demselben Verhältnis minder strafwürdig erscheint gegenüber der Teilnahme am gemeinen Mord als der Kindsmord gegenüber dem gemeinen Mord." S. auch p. 350, sowie Garraud, Band II, p. 469 f., 471—472 und Höpfner, p. 481.

standen, als wir uns fragten, ob im Fall des Diebstahls mit Einbruch die Beihilfe zur Wegnahme der Sache prinzipiell als Beihilfe zum einfachen oder zum qualifizierten Diebstahl zu betrachten sei. Auch dort unterschieden wir drei Schuldgrade, und der fragliche Fall hielt die Mitte. Und auch dort machten wir die Erwägung, es werde die Beurteilung dadurch erschwert, dass die Strafen einander von beiden Seiten angenähert werden könnten, sodass die Konsequenzen der beiden entgegenstehenden Grundauffassungen bis zu einem gewissen Grade ausgeglichen würden. Und wir suchten deshalb eine analoge Entscheidung in den leichter zu beurteilenden Fällen, in denen die Verschiedenheit der Auffassung zur Strafbarkeit oder zur Straflosigkeit führte.

Versuchen wir diese Methode auch hier anzuwenden, und nehmen wir ein Beispiel, in welchem das Verwandtschaftsverhältnis strafbegründend wirkt. Nach dem Gesetz ist die einfache Kuppelei nicht strafbar; sie wird es aber dann, wenn zwischen dem Schuldigen und der verkuppelten Person ein Eltern- und Kinderverhältnis besteht (§ 181 No. 2). Je nachdem also das Elternverhältnis individuell angerechnet wird oder nicht, werden die Teilnehmer, die nicht Eltern sind, strafbar oder straflos sein.

Nun sind nach dem Gesetz die Teilnehmer an einer durch Eltern begangenen Kuppelei für das Delikt verantwortlich. Das folgt aus der akzessorischen Natur der Teilnahme, welche von dem § 50 zwar für die strafändernden, nicht aber für die strafentscheidenden Umstände durchbrochen wird. Aber die gesetzliche Entscheidung über die individuelle Anrechnung strafbegründender Umstände kümmert uns bei der eingeschlagenen Methode nicht. Denn für die strafändernden, nicht für die strafentscheidenden Momente suchen wir das massgebende Prinzip. Und bei dieser Untersuchung sind wir frei von allen gesetzlichen Schranken, wie schon früher festgestellt ist,[1]) unabhängig insbesondere von dem Prinzip der akzessorischen Natur. Und wenn wir nun Beispiele strafbegründender Momente zu einer Hilfskonstruktion heranziehen, weil wir vermeinen, aus ihnen leichter ein allgemeines Prinzip individueller Anrechnung herleiten zu können, so ist klar, dass wir bei Verfolgung dieses Zweckes in der Beurteilung solcher

---

[1]) Oben p. 17.

Beispiele dieselbe Freiheit geniessen wie in der Beurteilung von Fällen strafändernder Momente.

Und so fragen wir in ganz allgemeiner Betrachtung, unbekümmert um das Gesetz: Ist der Fremde strafbar, welcher den Vater anstiftet, sein Kind zu verkuppeln?

Mag der Fremde von der Elternpflicht eine noch so deutliche Vorstellung haben, mag er von der Heiligkeit der Familienbande noch so durchdrungen sein, mag er noch so tief die Unnatur und den Greuel einer Tat empfinden, durch welche der Vater sein Kind entehrt, — niemals wird er doch wie der Täter das Bewusstsein haben, dass er sich an dem eigenen Kinde versündigt, niemals wird die Natur sich in ihm empören, und niemals wird das Gefühl der eigenen Elternpflicht abwehrend ihm entgegentreten. Das ist der tiefgreifende Unterschied zwischen seiner Schuld und der des Täters. Er empfindet nur eine fremde Pflicht, der Täter aber seine eigene. Und in dies Gefühl, der eigenen Elternpflicht zu widerstreiten, legt das Gesetz den Schwerpunkt der Schuld, wenn es den Vater, nicht aber den Fremden als Täter der Kuppelei bestraft. Die Kuppelei des Vaters ist ein Vergehen wider die Natur und die wesentliche Schuld liegt darin, die Regung der Natur zu überwinden. Auch der Fremde ist allerdings schuldig; aber es fehlt bei ihm der Hauptbestandteil der Schuld, und wo daher die Wahl zu treffen ist zwischen der Straflosigkeit und der gleichen Strafbarkeit wie der des Vaters, muss die Wage nach der Seite der Straflosigkeit sinken.[1])

Betrachten wir einen anderen Fall aus den Beamtendelikten, — bei welchen ebenfalls die Schuld durch die Existenz eines besonderen Gegenmotivs beeinflusst wird. Bei den eigentlichen Amtsdelikten, wie z. B. der Rechtsbeugung (§ 336), hat die Beamtenqualität nicht strafändernde, sondern strafbegründende Wirkung.

---

[1]) Abweichend in der prinzipiellen Auffassung v. Bar (Band II, p. 663): „Ein Pietäts- oder Verwandschaftsverhältnis wird nicht weniger bei einer Anstiftung als bei einer unmittelbaren Tat ein vom Verbrechen abhaltendes Motiv ergeben; wird dagegen gehandelt, so ist die Tat eine um dieses Moment intensiv schlimmere, erscheint auch der Charakter als ein insoweit mehr verdorbener. Das Ergebnis ist: Erschwerende Momente, welche in persönlichen Beziehungen des Schuldigen zum Verletzten ihren Grund haben, kommen für den Anstifter in Betracht, sowohl wenn sie für den Täter wie wenn sie für den Anstifter bestehen, falls er unmittelbar die Tat beginge."

Ist nun der Bürger strafbar, der den Beamten zur Rechtsbeugung anstiftet? — Auch hier muss die Antwort lauten: Es kann der Anstifter sich die Verantwortlichkeit des Beamtenverhältnisses noch so deutlich zum Bewusstsein bringen, es kann seine Vorstellung von der Aufgabe des Richters und von seiner Pflicht zur Unparteilichkeit noch so deutlich sein, so bleibt doch immer der fundamentale Unterschied bestehen, dass er nur eine fremde, nicht aber, wie der Beamte, die eigene Verantwortung fühlt. Die Auflehnung gegen die eigene Pflicht ist der Kernpunkt des Beamtendelikts als solchen, und deshalb darf die durch den Beamten verdiente Strafe nicht denjenigen treffen, der keine Amtspflicht hat.

Wenn endlich ein Ausländer einen Deutschen anstiftet, die Waffen gegen das Deutsche Reich zu tragen, während es sich im Krieg mit einer andern Macht befindet, so muss er ebenfalls straflos bleiben, weil ihn nicht, wie den Täter, das Gefühl der eignen Untertanenpflicht abhalten konnte. (§ 88.)

Aus dieser Untersuchung hat sich mithin folgendes ergeben: Wo das Gesetz die Verwandtschaft oder die Amtsstellung oder das Untertanenverhältnis als konstitutive Deliktsmerkmale aufstellt, sind diese Qualitäten individuell anzurechnen, sodass ein jeder straflos ist, bei welchem sie nicht vorliegen.[1]) Es kann nun dieser Satz verallgemeinert werden auch auf alle diejenigen Qualitäten, in welchen das Gesetz ein vom Verbrechen abhaltendes Pflicht-

---

[1]) Damit geraten wir in offenen Widerspruch mit dem Gesetz. Dass dies für unsere Konstruktion bedeutungslos ist, haben wir schon gezeigt. Aber wer trotzdem Bedenken hätte, ein vom Gesetz abweichendes Ergebnis zum Ausgangspunkt einer weiteren Konstruktion zu nehmen, dem erwidern wir folgendes: Wir müssen die Lösung unsres Problems aus allgemeinen Grundsätzen finden. Nach allgemeinen Grundsätzen aber müssen wir zu einem einheitlichen Ergebnis gelangen für die individuelle Anrechnung der strafentscheidenden und der strafändernden Momente. Denn es besteht keine innere Berechtigung für die verschiedene Beurteilung beider, und wenn das Gesetz eine verschiedene Regelung gibt, so beruht das auf einem Kompromiss, wie schon gezeigt ist — oben p. 9 —. Müssen wir aber einheitlich entscheiden, während das Gesetz getrennt entscheidet, so ist damit schon die Notwendigkeit erwiesen, an irgend einem Punkte mit dem Gesetz zu brechen. Zudem hat der Bruch mit dem Prinzip der akzessorischen Natur für die strafentscheidenden Momente wenigstens vor der gesetzlichen Regelung den Vorzug, das unglückliche Ergebnis zu vermeiden, dass ein Beteiligter, bei dem solche Momente fehlen, als Teilnehmer strafbar ist, während er als Täter straflos bliebe.

verhältnis und deshalb ein besonderes Schuldmoment erblickt; es kann ferner dieser Satz, der sich auf die strafbegründenden Qualitäten bezieht, analog angewendet werden auf die strafändernden Qualitäten. Und so gewinnen wir als erstes Resultat den Satz:

Der § 50 gilt in den Fällen, in denen das Gesetz wegen der Existenz eines besonderen Gegenmotivs die Strafe erhöht.

Wenn also bei einem Teilnehmer ein solches Pflichtverhältnis nicht gegeben ist, so haftet er nur für das einfache, nicht für das qualifizierte Delikt. Bei der Strafausmessung wird aber Rücksicht darauf zu nehmen sein, dass er sich an einer besonders schuldhaften Handlung beteiligt; und zwar wird der höchste Grad der Mitschuld dann vorliegen, wenn seine Handlung gerade auf die Verletzung des besonderen Pflichtverhältnisses geht, wenn er das Pflichtgefühl des Täters erschüttert, ihm über das Gegenmotiv hinweghilft, — ein Fall, welcher sich also nur bei der Anstiftung ereignen kann.

b) *Die persönliche Anrechnung des besonderen Motivs.*

§ 9.

Wir gehen nunmehr zu den andern Willensinhalten über, welche die Strafe erhöhen oder mindern, und betrachten die verwerflichen und entschuldbaren Motive.

Auch hier können drei Schuldgrade auseinander gehalten werden. So trägt der Gehilfe einer Urkundenfälschung eine höhere Schuld, wenn der Täter die Absicht hat, einen andern zu schädigen; denn er beteiligt sich an einem gefährlicheren Delikt als dem der einfachen Urkundenfälschung; und seine Schuld erhöht sich noch, wenn er selber eine Schädigungsabsicht verfolgt. (§ 268.) Umgekehrt ist der Gehilfe dessen, der eine Überschwemmung herbeiführt, in geringerem Masse verantwortlich, wenn die Absicht des Täters nur auf den Schutz der eigenen Habe gerichtet ist; und seine Verantwortlichkeit ist noch geringer, wenn er selbst nur den Zweck verfolgt, die eigene Habe zu retten. (§ 313.) Die Frage ist nun die, ob der Gehilfe wegen des ein-

fachen oder wegen des qualifizierten Deliktes haftet, wenn der Täter, nicht aber er selbst die qualifizierende Absicht hat.

Wie bei der vorigen Betrachtung, so zeigt sich auch hier, dass im Wege der Strafzumessung die Verschiedenheit der prinzipiellen Auffassungen ziemlich ausgeglichen wird. Daher schlagen wir dieselbe Methode ein wie dort und suchen die Lösung aus Beispielen zu gewinnen, bei denen ein besonderes verbrecherisches Motiv strafbegründende Wirkung hat.

Die Kuppelei wird strafbar. wenn sie aus Eigennutz begangen ist (§ 180), und die Wegnahme einer Sache wird strafbar, wenn sie in der Absicht rechtswidriger Zueignung geschieht (§ 242). Im ersten Falle hat das deliktische Motiv einen ganz allgemeinen, im zweiten einen sehr besonderen Inhalt.

Wenn man in einem gewissen Motiv ein Schuldmoment erblickt, so geschieht es immer unter einem doppelten Gesichtspunkt. Man betrachtet einerseits den Schaden, der durch die Verwirklichung der Absicht entstehen kann und für dessen Eintritt gerade die Existenz dieser Absicht eine gewisse Gefahr bedeutet. Man betrachtet andrerseits die Willensdisposition des Schuldigen, welche sich durch die Wirksamkeit des betreffenden Motivs offenbart, also die Eigenschaft, der zufolge eine Vorstellung von gewissem Inhalt eine bestimmte motivierende Kraft für ihn hat. Die Schuld ist also in einem objektiven und in einem subjektiven Verhältnis begründet. Wenn der Kuppler seine Gewinnsucht befriedigt, so entsteht ein Schaden dadurch, dass er andre ausbeutet; wenn der Dieb sich die gestohlene Sache zueignet, so mindert sich die Verfügungsgewalt des Eigentümers über die Sache, wenn sie nicht gar völlig aufhört, und so wird der Eigentümer geschädigt. Auf der andern Seite wird offenbar, dass bei dem Schuldigen eine Willensdisposition vorliegt, kraft welcher die Habsucht alle Bedenken überwindet, welche der Begehung einer verwerflichen Tat wie der Kuppelei oder der unrechtmässsigen Wegnahme einer fremden Sache entgegenstehen. — Man denke sich nun, dass der Gehilfe einer eigennützigen Kuppelei lediglich den Zweck verfolgt, eine der verkuppelten Personen zu verderben oder dass der Gehilfe eines Diebes nur an dem Bruch des Gewahrsams interessiert ist — er fürchtet z. B. eine Gewalttat des Bestohlenen und will ihn aus dem Besitz der Waffen setzen. — Hier fällt das objektive

Schuldmoment auf den Gehilfen zurück; denn er setzt eine Bedingung für den Eintritt des Schadens, welcher aus der Gewinnsucht des Kupplers oder aus der Zueignungsabsicht des Diebes in concreto hervorgehen kann. An dem subjektiven Schuldmoment hingegen hat er keinen Teil. Und nun ist die Frage die: genügt das objektive Schuldmoment, um ihn für den Diebstahl und die eigennützige Kuppelei verantwortlich zu machen?

Die Frage ist zu verneinen. Denn das objektive Schuldmoment hat gegenüber dem subjektiven eine völlig untergeordnete Bedeutung: Die Verwirklichung der Absicht und damit der Eintritt des Schadens kann mehr oder minder wahrscheinlich sein. Es können sogar Fälle eintreten, in welchen die Verwirklichung völlig unwahrscheinlich oder geradezu ausgeschlossen ist. Es kann daher für die Schuld, welche in der Absicht liegt, die Gefahr einer Verwirklichung dieser Absicht nur eine unvollkommene Grundlage sein. Und selbst wenn hier eine drohende Gefahr gegeben ist, so besteht sie doch nur für den Einzelfall. Die Willensdisposition hingegen dauert fort. Ihre Gefährlichkeit ist nicht abhängig von den konkreten Umständen zur Zeit der Tat. Die ganze Zukunft ist das Feld ihrer Wirksamkeit. Es bleibt immer möglich, dass sie auf Situationen trifft, in welchen sie zum Verbrechen werden muss. Und nicht nur diejenige Verbrechensart steht ihr offen, in welcher sie sich offenbarte, sondern alle Arten von Verbrechen, zu denen das gleiche Motiv treiben kann. Wer weiss, ob es dem Kuppler gelungen wäre, für seine Dienste die verkuppelten Personen auszubeuten? Eines aber ist gewiss: Dass die Habsucht in ihm stärker war als das Gefühl von der Verwerflichkeit seiner Handlung. Und damit ist eine Gewähr für eine ganze Reihe von Verbrechen gegeben. Die Habsucht wird ihn wieder zur Kuppelei treiben; die Habsucht wird ihn weiter zu all den unzähligen Verbrechen treiben, durch welche ein Gewinn zu erhoffen ist. Daraus erhellt aber die ganz überragende Bedeutung, welche die Willensdisposition im Gegensatz zur Gefährlichkeit der konkreten Absicht der Schuld besitzt. Nach der Gefährlichkeit der Absicht wird nur die eine Tat beurteilt, nach der Willensdisposition aber der Täter selbst. Und aus diesem Verhältnis folgt weiter, dass man den Teilnehmer nicht verantwortlich machen kann, wenn sich bei ihm nicht die

charakteristische Absicht und mithin nicht die charakteristische Willensdisposition findet.[1])

Diese Ausführungen, welche das verwerfliche Motiv betreffen, gelten entsprechend für das entschuldbare Motiv. Wenn die gefährliche Willensdisposition, welche bei einem jeden Verbrechen vorliegt, durch die Verbindung mit einem gewissen Motiv sich

[1]) Die persönliche Anrechnung wird hier vertreten von Meyer, p. 281; Hälschner, Band I, p. 439, Anm. 1; Beling, p. 444; Krug, p. 45 f. — Abweichend Olshausen, Anm. 5 b zu § 50; Rüdorff, p. 478, Anm. 4 zu § 50. — Doerr verteidigt seine abweichende Ansicht in folgender Weise (p. 347): „Der § 50 erwähnt nur die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche ausserhalb der Tat selbst liegend, die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. Hierunter sind solche zu verstehen, welche der Person des Täters beiwohnen, ohne den gesetzlichen Tatbestand des Straffalles und die Eigenart der Handlung selbst zu berühren. Wird der Tatbestand eines Delikts berührt, so wird die Strafbarkeit an sich, deren Existenz berührt, nicht bloss erhöht oder vermindert. Demgemäss ist die Willensbeschaffenheit, aus der in concreto die Tat hervorging, der Vorsatz, welchen der betr. Fall voraussetzt und zwar als Faktor des (subjektiven) Tatbestands erfordert, nicht als eine solche persönliche Eigenschaft, als „besonderer Tatumstand" im Sinne des Gesetzes, anzusehen, sondern durch die Verschiedenheit des dolus wird eine Verschiedenheit der Handlung bedingt. Daraus folgt, dass die Haupttat auch in betreff des Anstifters und Gehilfen nach dem Dolus des Täters zu qualifizieren ist, soweit nicht § 59 entgegensteht." Es bleibt hier völlig unklar, in welcher Weise der Unterschied zu machen ist zwischen solchen Momenten, welche den gesetzlichen Tatbestand, die Existenz der Strafbarkeit berühren, und andern Momenten, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen. Doch kann man vielleicht auf den Sinn von Doerrs Prinzip schliessen, wenn man die unmittelbar folgende Stelle betrachtet, wo er sein Prinzip auf das Moment der Überlegung anwendet: „Auch die Überlegung in §§ 211, 212 St.G.B., — so fährt er weiter — die sonst nur Strafzumessungsgrund ist, ist kein besonderer straferhöhender (oder der Mangel der Überlegung kein besonderer strafmindernder) Tatumstand i. S. des § 50, da das positive Recht, das einer übertausendjährigen Tradition folgt, weder den Mord als qualifizierten Totschlag, noch den Totschlag als privilegierten Mord, sondern beide als zwei verschiedene Deliktsarten behandelt." — Es scheint danach, als ob Doerrs Unterscheidung folgenden Sinn habe: Es könne ein straferhöhendes oder strafminderndes Moment zu einem Delikt entweder in der Weise hinzutreten, dass lediglich eine Variation dieses Grunddelikts gebildet werde, oder in der Weise, dass ein neues, selbständiges und daher dem andern koordiniertes Delikt, kurz ein zweites Grunddelikt entstehe; bloss im ersten Fall sei ein strafänderndes Moment im technischen Sinne des § 50 gegeben. — Dieser Unterscheidung kann nur eine systematisch-formelle Bedeutung zukommen. Denn wenn zu einem Delikt ein straferhöhendes oder ein strafminderndes Moment hinzutritt, so ist materiell immer die Variation eines Grunddelikts gegeben. Doerrs Unterscheidung kann also nur den Sinn haben, dass vom Standpunkt der Systematik des Gesetzes die Straf-

dermassen verändert, dass sie strafrechtlich irrelevant ist, so kommt die Straflosigkeit nur demjenigen zu gut, bei welchem dieses Motiv und mithin die besonders geartete Willensdisposition sich findet.

Damit ergibt sich die individuelle Anrechnung der verwerflichen und der entschuldbaren Motive, soweit sie strafbegründend wirken.[1] Dies Ergebnis gilt analog für dieselben Motive, wenn sie die Strafe erhöhen oder vermindern, und so gelangen wir zu dem Satz:

Der § 50 gilt in den Fällen, in denen das Gesetz mit Rücksicht auf ein besonderes Motiv die Strafe erhöht oder vermindert.

Der Teilnehmer also, welcher nicht mit dem qualifizierenden Motiv handelt, erleidet die Strafe des gewöhnlichen, nicht des qualifizierten Delikts. Die Erhöhung oder Minderung seiner Schuld, welche aus seiner Beteiligung an einem qualifizierten Delikte folgt, wird bei der Strafzumessung ihren Ausdruck finden; und es wird hier zu beachten sein, dass seine Beteiligung im guten oder schlechten Sinne ihren stärksten Grad erreicht, wenn er die entschuldbare oder die verwerfliche Absicht in dem Täter hervorgerufen hat.

ββ) Die persönliche Anrechnung der besonderen Willensintensität.

§ 10.

Wir gehen jetzt weiter zu der besonderen Willensintensität.

Hier bietet die Untersuchung keine Schwierigkeit. Es ist vollkommen deutlich, dass die grössere oder geringere Stärke der

---

erhöhung oder Strafminderung bald die Veränderung eines und desselben Delikts, bald die Schaffung eines neuen Delikts bedeutet. Es ist aber vollkommen willkürlich, diese Unterscheidung in den § 50 hineinzutragen. Solange Doerr nicht den Beweis antritt, dass der straferhöhende und strafmindernde Umstand des § 50 einen technisch-formellen Begriff darstellt, wird darunter ein jeder Umstand ohne Unterschied zu verstehen sein, der die Eigenschaft hat, dass je nach seinem Bestehen oder Nicht-Bestehen bei einem und demselben Tatbestand die Strafe höher oder geringer ist. — Im gleichen Sinne wie Doerr ist wohl v. Bar zu verstehen, wenn er ausführt: „Das Motiv zur Handlung kennzeichnet deren Entstehung, ist also nicht übertragbar auf andere Teilnehmer. Ist aber vom Gesetz das Motiv zum Tatbestandsmoment erhoben, so gehört es nach dem Gesetz zur Handlung. (Band II, p. 665, Anm. 124 a.)

[1]) Auch hier befinden wir uns im Widerspruch mit dem Gesetz. — Vergl. oben p. 48 f. und p. 50, Anm. 1.

verbrecherischen Motive einzig und allein deshalb auf die Schuld einwirkt, weil je nach der Intensität dieser Motive auf eine mehr oder minder gefährliche Willensdisposition geschlossen werden muss. Es hängt hier die besondere Schuld einzig und allein an der besondern Willensdisposition und wieder die aussergewöhnliche Willensdisposition an der aussergewöhnlichen Stärke oder Schwäche der Motive. Der Teilnehmer also, dessen Motive nicht eine aussergewöhnliche Intensität haben, kann niemals darum schuldiger oder weniger schuldig sein, weil diese Voraussetzung beim Täter vorliegt. Es gibt keinen Gesichtspunkt, unter welchem man irgendwie dem unüberlegten Gehilfen die Überlegung des Mörders auch nur teilweise zur Last legen könnte. Im Gegensatz zu den Delikten mit qualifizierendem Willensinhalt gibt es hier nicht drei, sondern nur zwei Schuldgrade. Es gibt hier keinen mittleren Fall der Schuld, dessen Zuweisung zum höhern oder zum niederern Fall den Gegenstand von Zweifeln bilden könnte. Und so ergibt sich der individuelle Charakter der Willensintensität ganz von selber aus dem Wesenszusammenhang zwischen ihr und der Schuld.[1])

Damit hat sich ergeben, dass sowohl der Willensinhalt als auch die Willensintensität, dass mithin alle Willensmomente individuell anzurechnen sind und so gelangen wir zu folgender prinzipieller Lösung unseres Problems:

Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des § 50 sind die Willensmomente im Gegensatz zu den Tatmomenten.

Damit haben wir uns, wenn auch mit eigener Begründung auf den Standpunkt der französischen Lehre und der Theorie von Birkmeyer gestellt.

Mit der Aufstellung dieses Prinzips sind aber nicht alle Schwierigkeiten gelöst. Es bleibt übrig, die einzelnen straf-

[1]) Im gleichen Sinne ist wohl v. Bar zu verstehen, wenn er ausführt (p. 664): „Die Entstehung des Deliktswillens liegt vor der Beteiligung der einzelnen Teilnehmer an dem gemeinsamen Verbrechen; sie ist daher individuell." — „Insofern die Art und Weise der Entstehung des Deliktswillens einen Erschwerungs- oder Milderungsgrund bildet, z. B. Handeln mit Überlegung, andrerseits im Affekt, Handeln im Rückfall, aus Gewohnheit, in gewerbsmässiger Weise, Handeln im jugendlichen Alter, oder die Aufstellung eines Spezialdeliktes im Gesetz herbeiführt, ... muss eine Übertragung von dem einen wie von dem andern Teil ausgeschlossen sein."

mindernden und straferhöhenden Momente darauf zu untersuchen, ob sie zu den Willensmomenten oder zu den Tatmomenten gehören und demgemäss individuell anzurechnen sind oder nicht. Diese Subsumption wird sich in zahlreichen Fällen ohne Schwierigkeit vollziehen, in anderen wird sie zu Bedenken Anlass geben.

Unsere Betrachtung wird sich auf das Strafgesetzbuch beschränken.

bb) Die Anwendung des Prinzips auf das Gesetz.

αα) Die strafändernden Gegenmotive im Gesetz.

§ 11.

Welches sind die Fälle im Gesetz, so fragen wir zunächst, in welchen die Strafe wegen der Existenz eines besonderen Gegenmotivs erhöht wird?

Bei der Herleitung unseres Prinzips haben wir das uneigentliche Beamtendelikt, den Aszendententotschlag und das landesverräterische Delikt des § 88 hierher gerechnet. Wir haben dort festgestellt, dass ein Grund für die Schulderhöhung bei diesen Fällen in der Existenz eines besonderen Gegenmotivs, also in einem Willensmoment liege. Aber zugleich haben wir stillschweigend angenommen, dass dies der einzige Grund der Schulderhöhung sei, ohne zu prüfen, ob nicht auch in einem Tatmoment ein solcher Grund gegeben sei, was den persönlichen Charakter jener Verhältnisse wieder in Frage stellen würde. Wir brauchten damals diese Zweifel nicht anzuregen; denn es handelte sich nur darum, ein Beispiel für die Schulderhöhung durch ein Gegenmotiv zu bilden, und ein solches Beispiel fand sich in jenen Delikten. Jetzt aber muss volle Klarheit geschaffen werden.

Bei dem uneigentlichen Beamtendelikt entsteht ein Schaden zunächst durch das eigentliche Delikt ohne Rücksicht auf das Beamtenverhältnis. Ein zweiter Schaden aber entsteht durch die Verletzung der Beamtenpflicht: Durch die Missachtung des schuldigen Gehorsams, durch den Bruch des Beamteneides, durch den Missbrauch der Vertrauensstellung gegenüber dem Oberhaupt des Staats wird das Gefühl der Verantwortlichkeit des Amts in weiten Kreisen erschüttert, der Beamtenstand büsst von seinem Ansehen ein, das gesamte Gefüge der Beamtenhierarchie wird gelockert. Durch den ein-

maligen Bruch des Pflichtverhältnisses wird auf diese Weise das Pflichtverhältnis selbst geschädigt. Und was sich hier für die Amtsstellung ergibt, das gilt völlig entsprechend für die Pietät gegen die Eltern, für die Untertanenpflicht und überhaupt für alle besondern Pflichtverhältnisse, deren Verletzung die Schuld erhöht. Der so verursachte Schaden ist ein objektiver Umstand, ein Moment der Tat, und die Verletzung des besondern Pflichtverhältnisses kann deshalb nicht mehr individuell angerechnet werden, wenn jener Schaden den wesentlichen Grund für die Schulderhöhung bildet.

Liegt in diesem Schaden, so muss also gefragt werden, der wesentliche Bestandteil der Schuld? Es ist zu beachten, dass durch die einmalige Verletzung des Pflichtverhältnisses nur ein sehr geringer Schaden für das Pflichtverhältnis an sich selbst entsteht, ganz besonders gering in den zahlreichen Fällen, wo das Delikt beinahe völlig unbekannt oder unbeachtet bleibt. Es kann also das Schuldmoment, welches in dem Schaden begründet ist, nur eine verschwindend geringe Bedeutung haben gegenüber dem Schuldmoment, welches in der Willensdisposition des Beteiligten liegt, einer so verbrecherischen Willensdisposition, dass ihr selbst das Gegenmotiv des besondern Pflichtverhältnisses nicht stand hielt. Und damit ergibt sich deutlich, dass die Verursachung eines objektiven Schadens die individuelle Anrechnung des besondern Pflichtverhältnisses nicht hindern kann.[1])

Welches sind nun im einzelnen die Fälle, in denen das Gesetz mit Rücksicht auf ein besonderes vom Delikt abhaltendes Pflichtverhältnis die Strafbarkeit erhöht?

Zu diesen Pflichtverhältnissen gehört einmal die Verwandtschaft und die Ehe.[2])

---

[1]) Dies Ergebnis entspricht der durchaus herrschenden Lehre. — **Krug** ist entgegengesetzter Auffassung. Er leitet die Schulderhöhung einzig und allein aus dem objektiven Schaden her, der durch die Verletzung der besonderen Pflicht entsteht, und schliesst deshalb die individuelle Anrechnung in den Fällen aus, „in denen das im qualifizierten Delikt hinzutretende Rechtsgut, dessen Verletzung mit der härteren Strafe verfolgt wird, in einer bestimmten Beziehung des Täters seinen alleinigen und erschöpfenden Ausdruck findet"; (p. 53 f., p. 59 f., p. 69, p. 73). Darunter versteht er aber die Fälle, die wir eben behandelt haben. Auch **v. Bar** (s. oben p. 49, Anm. 1) ist abweichender Ansicht.

[2]) Diese Verhältnisse werden nach der durchaus herrschenden Ansicht persönlich

Bei der Zuhälterei fällt das eheliche Verhältnis erschwerend ins Gewicht, welches zwischen dem Zuhälter und der Prostituierten besteht (§ 181a), ebenso beim Totschlag und bei der Körperverletzung die Aszendentenqualität des Verletzten (§§ 215—223); auch die Eltern, welche ihr leibliches Kind aussetzen, verfallen einer höheren Strafe (§ 221).

Hierher gehört weiter die Beamteneigenschaft.[1])

Sie begründet eine Straferschwerung bei der verbotenen Teilnahme an Verbindungen (§§ 128, 129), bei der Körperverletzung (§ 340), bei der Freiheitsberaubung (§ 341), beim Hausfriedensbruch (§ 342), bei der Gefangenenbefreiung (§ 347 im Verhältnis zu § 121), beim Urkundenverbrechen des § 133 (§ 348 II),[2]) bei der Unterschlagung (§ 350) und endlich bei der Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 354 im Verhältnis zu § 299).[3])

Weiter ist das Untertanenverhältnis hierher zu rechnen,[4])

---

angerechnet. S. v. Liszt, p. 233; Frank, Anm. I zu § 50, p. 81; Finger p. 363; Binding, Grundriss, p. 140; Meyer-Allfeld, p. 191, Anm. 1; Olshausen, Band I, p. 219, Anm. 4 I c d zu § 50; Berner, p. 171; Schütze, p. 146, Anm. 10; Oppenhoff, Anm. 5 zu § 50, p. 134; Rüdorff, Anm. 2 zu § 50, p. 177; Geyer in Holtzendorffs Handbuch, Band II, p. 367; Büll, p. 18; Doerr, p. 351—352; Beling, p. 444; Ortmann, p. 390 f. So auch die zitierte französische Literatur, s. o. p. 37.

[1]) Auch hier wird allgemein der § 50 angewendet. Finger, p. 363; Binding, Grundriss, p. 140; Olshausen, p. 219 Anm. 4 I a zu § 50; Beling, p. 444; Berner, p. 171; Oppenhoff, Anm. 5 zu § 50, p. 134; Rüdorff, Anm. 2 zu § 50, p. 177; Doerr, p. 350; Büll, p. 18—19; ebenso die genannten französischen Autoren.

[2]) Treffen nämlich die Tatbestände von § 133 und § 348 II zusammen, so geht die Bestimmung des § 348 II als lex specialis vor. So Binding, Lehrbuch, Band II 2, p. 605; Frank, Anm. 3 c zu § 468; Reichsgericht-Entscheidungen, Band II, p. 428. Beim Zusammentreffen von § 348 II und § 274 No. 1 hingegen besteht Gesetzeskonkurrenz. So Frank, Anm. III zu § 274, p. 393; Olshausen, 1900, Anm. 17 zu § 348; abweichend Binding, Lehrbuch, Band II 1, p. 302.

[3]) Auch diese beiden Gesetze stehen wie lex specialis und lex generalis zueinander. Vergl. Frank, Anm. V zu § 354, p. 475.

[4]) Auch hier wird der persönliche Charakter von der herrschenden Lehre vertreten. Binding, Grundriss, p. 140; Finger, p. 363; Olshausen, Band I, p. 219, Anm. 4 I a b zu § 50; Frank, p. 144, Anm. II 2, zu § 80; Oppenhoff, p. 134, Anm. 5 zu § 50; Rüdorff, p. 177, Anm. 2 zu § 50; Müll, p. 18; Doerr, p. 349—350.

ebenso der Aufenthalt in einem Staate,[1]) der ein ähnliches Unterwerfungsverhältnis begründet, wenn auch in geringerem Masse.

Der Mordversuch wird dadurch qualifiziert, dass er an dem eigenen Landesherrn oder an dem Landesherrn des Bundesstaats begangen wird, in welchem der Schuldige sich aufhält (§ 80); die Delikte der §§ 87, 89, 90 sind als militärischer Landesverrat nur an Deutschen und solchen Ausländern zu bestrafen, die sich unter dem Schutze des Deutschen Reiches oder eines Bundesstaats innerhalb des Bundesgebiets aufhalten,[2]) — gegen andere Ausländer hingegen ist nach dem Kriegsgebrauch zu verfahren (§ 91); die an Bundesfürsten, Regenten und Mitgliedern eines landesherrlichen Hauses begangene Beleidigung oder Tätlichkeit wird strenger bestraft, wenn der Schuldige in dem Staate Untertan ist oder in dem Staate sich aufhält, gegen dessen Fürsten oder Regenten oder gegen dessen landesherrliche Familie er sich vergeht (§§ 94—97 im Verhältnis zu § 98—101 und § 185 f).

Endlich gehört auch ein Auftragsverhältnis oder eine Vertrauensstellung in diese Kategorie.

So steht die Unterschlagung einer anvertrauten Sache unter besonderer Strafe (§ 246),[3]) ebenso die Gefangenenbefreiung in dem Fall, dass der Schuldige mit der Beaufsichtigung oder Begleitung des Gefangenen beauftragt war (§ 121 im Verhältnis zu § 120), und endlich die Herbeiführung eines unrichtigen Wahlergebnisses oder die Verfälschung eines Wahlergebnisses dann, wenn der Täter mit einer besonderen Verrichtung[4]) bei dem Wahlgeschäft betraut war (§ 108).

ββ) Die strafändernden Motive im Gesetz.

§ 12.

Wir gehen nun weiter zu den Delikten, bei welchen der Inhalt des verbrecherischen Motivs qualifizierend wirkt und beginnen mit den verwerflichen Motiven.

---

[1]) Finger, p. 144, Anm. 13 zu § 80; Olshausen l. c.

[2]) Der Ausländer, der sich im Inlande aufhält, steht immer unter staatlichem Schutz, wenn er nicht zur feindlichen Kriegsmacht gehört; im letzteren Falle kommt er natürlich als taugliches Subjekt des militärischen Landesverrats gar nicht in Frage. Vergl. Binding, Lehrbuch, Band II, 2, p. 462—463; Frank, Anm. 1 zu § 91, p. 150.

[3]) Auch Doerr wendet hier den § 50 an, p. 351.

[4]) Vergl. Frank, p. 161, Anm. II zu § 108.

Die gewinnsüchtige Absicht erschwert die Strafe beim Urkundenverbrechen des § 133 und bei der Veränderung oder Unterdrückung des Personenstandes (§ 169); ein qualifizierter Fall der Begünstigung liegt vor, wenn sie des eignen Vorteils wegen begangen wird (§ 257), ein qualifizierter Fall der Untreue, wenn der Schuldige vermöge ihrer sich oder einem andern einen Vermögensvorteil [1]) verschaffen will (§ 266); eine besondere Strafbarkeit ist bei den Urkundenverbrechen der §§ 267, 271, 273, 348 mit der Absicht verbunden, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem andern Schaden zuzufügen; der Totschlag des § 214 wird durch die Absicht erschwert, ein der Ausführung einer strafbaren Handlung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen oder sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen, der Kinderraub durch die Absicht, das Kind zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen, unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen (§ 235); der Brandstifter endlich verfällt erhöhter Strafe, wenn er die Absicht verfolgt, unter Begünstigung des Brandes Mord oder Raub zu begehen oder einen Aufruhr zu erregen (§ 307 Nr. 2).

Hierher gehört endlich der Bandendiebstahl, der dann vorliegt, wenn mehrere zu dem Diebstahl mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben. (§ 243 No. 6.) Hier sind zunächst zwei Tatmomente zu unterscheiden, die Begründung der Bande und der Diebstahl selbst. Beide stehen zueinander in dem gleichen Verhältnis wie der Einbruch und der Diebstahl. Wäre also die Verabredung der Genossen an sich allein das qualifizierende Moment, so wäre die Zugehörigkeit zur Bande nicht individuell anzurechnen. Aber zu der Verabredung muss noch die Absicht treten, fortgesetzt Raub oder Diebstahl bandenmässig zu begehen; denn ohne diese Absicht wäre die Verabredung, gleichsam als Scheingeschäft, strafrechtlich bedeutungslos. Fordert nun das Gesetz diese Absicht als wesentlichen Bestandteil des qualifizierenden Moments, so ist klar, dass ein besonders verwerflicher Inhalt des verbrecherischen Willens

---

[1]) Manche setzen den gewinnsüchtigen Zweck, die Absicht einen Vorteil zu erlangen und die Absicht einen Vermögensvorteil zu erlangen einander gleich; andere halten diese Begriffe auseinander. Vergl. Frank, p. 196, Anm. IV zu § 133, p. 348, Anm. VII zu § 257, p. 385. Anm. I 1 zu § 268.

die Schulderhöhung begündet. Die Schuld mehrt sich deshalb, weil der Wille nicht nur auf die konkrete Tat gerichtet ist, sondern einen viel weiteren Inhalt hat und auf eine ganze Reihe von Verbrechen geht. Und daraus folgt, dass nur derjenige der Strafe des Bandendiebstahls verfällt, welcher mit der charakterisierten Absicht handelt. Und so können wir das Ergebnis dahin formulieren, dass die Zugehörigkeit zur Bande individuell anzurechnen ist. — Das Gleiche gilt vom bandenmässigen Raub (§ 250 No. 2).[1])

Das Gesetz enthält ferner eine Reihe von Beispielen, in welchen ein entschuldbares Verbrechensmotiv die Strafe verringert. So beim militärischen Landesverrat des § 88; hier wird der deutsche Staatsangehörige, welcher schon früher in fremden Kriegsdiensten stand, mit Rücksicht auf dieses Dienstverhältnis milder behandelt. Bei der Tötung fällt es strafmindernd ins Gewicht, wenn der Schuldige durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tat bestimmt worden ist (§ 216), bei der Herbeiführung einer Überschwemmung, wenn die Absicht des Täters nur auf den Schutz seines Eigentums gerichtet war; ferner ist das Spezialdelikt des § 363 gegenüber der Urkundenfälschung dadurch charakterisiert, dass es zum Zweck besseren Fortkommens begangen wird.[2])

Wir rechnen ferner den privilegierten Fall des Totschlags hierher, in welchem der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Misshandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden ist (§ 213).[3]) Hier wird der Täter von dem Gedanken beherrscht, die empfundene Verletzung zu vergelten; das Motiv der Rache wirkt in ihm und mindert seine Schuld. Zwar wird dieser privilegierende Tatbestand

---

[1]) Ebenso Binding, Lehrbuch, Band I, p. 304: „Denn nur dem geschworenen Feinde des Eigentums gilt die Schärfung." Doerr, p. 351.

[2]) Für die persönliche Anrechnung Krug (p. 46 f.), der in all diesen Fällen einen psychischen Notstand annimmt und darauf die individuelle Strafminderung gründet; für §§ 88, 313 im Ergebnis übereinstimmend Doerr, p. 349.

[3]) Ebenso Oppenhoff, Anm. 5 zu § 50, p. 134; Schwarze, p. 212; Geyer in Holtzendorffs Handbuch, Band II, p. 364, 395; Krug, p. 48. — Wohl auch v. Bar, Band II, p. 664 und Ortmann, p. 391, die das Handeln im Affekt individuell anrechnen.

im § 213 zu den mildernden Umständen gezählt, und wir haben früher festgestellt,[1]) dass der § 50 nicht für die mildernden Umstände gilt. Aber jene Feststellung bezog sich nur auf die anonymen mildernden Umstände und wurde eben aus ihrer Anonymität deduziert. Da der Richter, so sahen wir, in der Annahme mildernder Umstände volle Freiheit hat, so entscheidet er auch frei über ihre individuelle Anrechnung. Dieser Grund fällt aber weg, sobald die mildernden Umstände benannt sind; denn alsdann wandelt sich das Milderungsrecht in eine Milderungspflicht.[2])

Bestritten sind die Fälle des § 157. Hier wird die Verletzung des Eides oder der Versicherung an Eidesstatt durch einen Zeugen oder Sachverständigen unter mildere Strafe gestellt, 1° wenn der Aussagende durch die Angabe der Wahrheit sich selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens zuziehen konnte oder 2° wenn er die falsche Aussage zu Gunsten einer Person erstattet hat, hinsichtlich welcher er die Aussage ablehnen durfte, und er über dies sein Recht nicht belehrt worden ist.

Die Eigenheit dieser privilegierten Tatbestände liegt jedenfalls in dem Inhalt der Motive, die auf das Subjekt einwirken. Die Furcht vor der Strafe oder das Interesse von Personen, welche ihm nahe stehen, hält den Zeugen oder den Sachverständigen ab, die Wahrheit zu berichten. Auf der andern Seite aber steht die Pflicht zur Aussage, und er fühlt sich gedrängt ihr zu genügen, um den Zwangsmitteln des Gesetzes zu entgehen. Ob nun das erste Motiv an sich allein oder erst beide Motive in ihrer Verbindung den Grund der Strafminderung darstellen, wird im Laufe der Darstellung erörtert werden.

Es ist von vorneherein klar, dass der zweite Privilegierungsgrund nur bei dem Täter, niemals bei dem Teilnehmer vorliegen kann, sodass hier der § 50 überhaupt nicht in Frage kommt.[3])

---

[1]) p. 10.

[2]) So auch Doerr (p. 348, Anm. 38). Abweichend Büll (p. 23, 40 f.), welcher den § 50 nicht auf die Provokation zum Totschlag bezieht, weil sie nur ein vom Gesetz besonders hervorgehobener Strafzumessungsgrund sei. — Was ist aber das Wesen des Strafzumessungsgrundes, wenn nicht seine Anonymität? Büll begeht eine contradictio in adjecto.

[3]) Ebenso Binding, Lehrbuch, Band II, p. 162; v. Liszt, p. 598, Anm. 14. Abweichend Doerr, p. 349; Büll, p. 18; Krug, p. 48.

Denn wenn auch der Teilnehmer zu den Personen, von welchen die Aussage handeln soll, in dem charakteristischen Verhältnis steht, welches das Recht zur Weigerung der Aussage begründet, so kann er doch niemals zu seinen Gunsten anführen, dass er über dies Recht nicht belehrt worden sei; eine solche Belehrung kann für ihn gar nicht in Betracht kommen, weil er eben nicht selbst der Zeuge oder der Sachverständige ist. Es kann also nur wegen der individuellen Anrechnung des ersten Privilegierungsgrundes Streit entstehen. Kann überhaupt dieser Privilegierungsgrund — so lautet die vielbesprochene Frage — auf den Teilnehmer, also auf ein Subjekt, welches gar nicht als Zeuge oder Sachverständiger fungiert, Anwendung finden?

Hier könnte man nun auf den folgenden Gedanken kommen: Es sei die Eigenschaft als Zeuge oder Sachverständiger und der mit dieser Eigenschaft verbundene Zwang zur Aussage ein s t r a f b e g r ü n d e n d e s Moment; es bleibe daher als Strafminderungsgrund nur das Motiv übrig, der eigenen Strafverfolgung zu entgehen. Wenn also der Teilnehmer mit diesem Motiv handle, so sei dies hinreichend, um ihn der Strafminderung teilhaftig zu machen, ohne Rücksicht darauf, dass er nicht unter dem Aussagezwang stehe.

Wir können aber diese Erwägung nicht als richtig anerkennen. Sie beruht auf einem Formalismus. Es besteht kein Grund, warum nicht ein und dasselbe Moment strafbegründende und zugleich in Verbindung mit einem andern Moment strafändernde Wirkung haben könnte. Dies Verhältnis ist im vorliegenden Falle gegeben. Der Zweck, sich der Strafe zu entziehen, wirkt nicht entschuldbar an sich allein, sondern erst in Verbindung mit dem Zwang zur Aussage. Es ist ein Grund nicht denkbar, aus welchem sich eine Minderung der Schuld durch jenen Zweck allein erklären liesse. Und das Gesetz hat nirgends diesen Gedanken vertreten. Die Urkundenfälschung, die Tötung, die Brandstiftung wird nicht minder strafbar dadurch, dass sie begangen wird, um die Spuren eines Verbrechens zu verdecken. Wenn ferner die Begünstigung straflos bleibt, welche dem Verbrechen von einem Angehörigen gewährt wird, um ihn der Bestrafung zu entziehen (§ 258), so folgt nur, dass der Zweck, den Verbrecher vor der Strafe zu retten, hier als strafrechtlich indifferent betrachtet wird.

Nicht aber kann man daraus schliessen, dass dieser Zweck, wenn er von Angehörigen und um so mehr, wenn er von dem Verbrecher selbst verfolgt werde, die Schuld eines andern Deliktes mindere. Im Gegenteil hat der fragliche Zweck unter gewissen Umständen die Eigenschaft, die Strafe zu erhöhen. So wird der Totschlag dadurch qualifiziert, dass er begangen wird, um bei der Unternehmung einer strafbaren Handlung der Ergreifung auf frischer Tat zu entgehen (§ 214). Und durchschlagend ist endlich folgende Erwägung: Wer einen ihm zugeschobenen, zurückgeschobenen oder auferlegten Eid wissentlich falsch schwört (§ 153), wird nicht geringer bestraft, wenn er durch den Meineid einen bedeutenden Vermögensnachteil von sich abwenden will. Nun kann je nach den Umständen ein Vermögensverlust viel schwerer ins Gewicht fallen als eine Vergehensstrafe. Es kann sogar die Vergehensstrafe lediglich auf Geld lauten, so dass der Schaden in beiden Fällen auch nicht in der Qualität differiert. Der einzige relevante Unterschied ist also der, dass in dem einen Fall eine Partei, im andern ein Zeuge oder Sachverständiger den Meineid leistet. Und damit ist erwiesen, dass der Zwang zur Aussage einen wesentlichen Bestandteil des Strafminderungsgrundes bildet.

Nun könnte man einwenden, dass es zwar eine Zeugnispflicht, aber nicht eine allgemeine Sachverständigenpflicht gebe; deshalb liege nicht in jedem Falle der Strafminderung, so könnte man schliessen, ein Zwang zur Aussage vor. Dem ist zu entgegnen, dass der Sachverständige, sobald er auf die Begutachtung eingeht, sich damit stillschweigend dem Gericht gegenüber zur Begutachtung bereit erklärt und damit sowohl nach den Regeln des Zivilprozesses als auch nach Strafprozessrecht dem Aussagezwang unterliegt (Z.P.O. § 407, St.P.O. § 75).

Wir gelangen also zu dem Schluss, dass auch der erste Privilegierungsgrund des § 157 niemals in der Person des Teilnehmers eintreten kann und dass dieser Privilegierungsgrund deshalb überhaupt kein Anwendungsgebiet für den § 50 bildet.[1])

---

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend Finger, p. 363, Anm. 473; Olshausen, Band I, p. 219, Anm. 4 II a b zu § 50; p. 603, Anm. 5 zu § 157; Oppenhoff, p. 134, Anm. 5 zu § 157; Hälschner, Band II, p. 925; Rüdorff, p. 177, Anm. 2 zu § 157; v. Liszt, p. 598, Anm. 14; Reichsgerichts-Entscheidungen, Band IV,

γγ) Die strafändernden Willensintensitäten im Gesetz.

§ 13.

Endlich bleiben noch die Fälle zu erörtern, in welchen die besondere Stärke oder Schwäche des verbrecherischen Motivs qualifizierend wirkt.

Eine besonders geringe Intensität offenbart sich in dem deliktischen Willen der Jugendlichen (§§ 55—57). Wie immer, so ist auch hier der Begriff der Willensintensität in einem relativen Sinne zu nehmen; der Grad der Stärke des verbrecherischen Motivs bestimmt sich nach seinem Verhältnis zu den Gegenmotiven. Wenn nun der Jugendliche ein Delikt begeht, so ist zwar bewiesen, dass der Drang zum Verbrechen die Gegenvorstellungen überwunden hat. Aber welche Gegenvorstellungen? Nur diejenigen, welche ihm bei seiner unvollendeten geistigen Entwicklung zu Gebote standen. Durch das Delikt des Jugendlichen wird also die Persönlichkeit des Verbrechers nur unvollkommen charakterisiert. Das Übergewicht der verbrecherischen Motive wird nur festgestellt für ein vorübergehendes Stadium der Entwickelung. Es bleibt zu erwarten, dass der Jugendliche noch manche Erfahrungen gewinnen und in dieser Weise neue Motive gegen das Verbrechen sammeln wird. Es bleibt fraglich, ob dann

---

p. 377; Band XXII, p. 106. In der letzteren Entscheidung wird ausgeführt: „Eine analoge Anwendung dieser nur für den Täter gegebenen Spezialbestimmung auf den Anstifter ist ausgeschlossen. Das Verhältnis des Täters und des Anstifters zu dem Strafmilderungsgrund des § 157 No. 1 St.G.B. ist ein ganz verschiedenes. Das Gesetz berücksichtigt die Zwangslage des Zeugen (und bezw. des Sachverständigen) zwischen seiner gesetzlichen Zeugnispflicht und der Gefahr, sich durch Angabe der Wahrheit die Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens zuzuziehen. Ganz anders ist die Stellung des Anstifters eines Zeugen zum Meineid. Der Anstifter befindet sich nicht in einer ebensolchen oder auch nur ähnlichen Zwangslage wie der angestiftete Täter. Der A ist nicht gezwungen einen falschen Entlastungszeugen für sich zu stellen." — Abweichend Binding, der den Privilegierungsgrund des § 157 No. 1 analog auf den Teilnehmer anwenden will. Grundriss, p. 140, Handbuch, Band I, p. 221—222, Lehrbuch, Band II 1, p. 162; gegen die Analogie und für direkte Anwendung des § 50 auf den Teilnehmer Frank. Dass § 50 auch für § 157 No. 1 gelte, lässt sich seiner Ansicht nach bedauern, aber de lege lata nicht bestreiten. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band XIV, p. 381. Kommentar, p. 217, Anm. I zu § 157.

bei vollendeter Entwicklung die deliktischen Motive die Oberhand behalten werden. So ist denn nur eine verhältnismässig geringe Intensität des deliktischen Willens nachgewiesen, gering im Verhältnis zu derjenigen Intensität, welche notwendig wäre, um den entwickelten Menschen zum Verbrecher zu machen. Und damit ist deutlich, dass der Strafminderungsgrund der Jugend in einer besondern Schwäche des verbrecherischen Motivs begründet ist.[1])

Es treten auch bei dem entwickelten Menschen im Einzelfall nicht alle Vorstellungen auf, über die er bei dem Schatz des angesammelten Wissens verfügt. Der Regelfall ist der, dass nur diejenigen Gegenvorstellungen sich bilden, welche in der gegebenen Situation besonders nahe liegen. Und dieser Regelfall genügt zur Begründung der Schuld. Es ist nun möglich, dass eine aussergewöhnliche Menge von Gegenvorstellungen entsteht, indem der Täter mit erhöhter Sorgfalt die Gründe für und wider das Verbrechen sich ins Bewusstsein ruft und so einen viel grösseren Kreis von Motiven und Gegenmotiven in Erwägung zieht. Hier hat der verbrecherische Wille einen bedeutend stärkeren Widerstand zu überwinden als im Regelfall; behält er dennoch die Oberhand, so zeigt er dadurch eine besondere Stärke; und aus diesem Grunde ist die Üeberlegung ein schulderhöhendes Moment. Sie wird als solches regelmässig nur bei der Strafzumessung berücksichtigt; im § 211 hingegen bildet sie einen straferhöhenden Umstand, indem der mit Überlegung ausgeführte Totschlag als Mord schwerer geahndet wird.[2])

[1]) Die individuelle Anrechnung dieses Strafminderungsgrundes entspricht der durchaus herrschenden Ansicht. Vergl. Meyer-Allfeld, p. 191, Anm. 1; v. Liszt, p. 233; Binding, Grundriss, p. 110; Oppenhoff, p. 134, Anm. 5 zu § 50; Schütze, p. 146, Anm. 10; Schwarze, p. 212; Geyer, in Holtzendorffs Handbuch, Band II, p. 365, 395; Rüdorff, p. 177, Anm. 2 zu § 50; v. Bar, Band II, p. 664; Krug, p. 41—42; Doerr, p. 348; Ortmann, p. 391; zu dem gleichen Ergebnis gelangen Meyer, p. 281; Büll, p. 22, 40; Herzog, p. 222—225; Olshausen, Anm. 3 zu § 50 und andere, indem sie die Jugend zu den höchstpersönlichen Momenten rechnen. Vergl. oben p. 13, ebenso die zitierte französische Literatur, oben p. 36.

[2]) Demnach sollte es unzweifelhaft erscheinen, dass die Überlegung beim Totschlag individuell anzurechnen ist. Die Frage ist indessen äusserst bestritten. — Die Gründe für Doerrs abweichende Ansicht sind schon früher auseinandergesetzt. S. oben p. 54 Anm. 1. — Formalistisch ist der Gedanke, welchen Büll gegen die Anwendung des § 50 vorbringt (p. 24). Die Überlegung, sagt er, sei lediglich ein innerer

Es gibt noch einen andern Fall, in welchem die aussergewöhnliche Intensität des deliktischen Willens dadurch offenbar wird, dass im Bewusstsein des Täters sich besonders deutliche Gegenvorstellungen bilden und dass dieser verstärkte Widerstand von den Motiven überwunden wird. Wer bereits einmal für ein Verbrechen bestraft ist, wird durch den Gedanken der Bestrafung in erhöhtem Masse vom Verbrechen abgeschreckt als vorher, weil nunmehr die Bestrafung ihn nicht als ein blosses Gedankenphantom einschüchtert, weil sie ihm vielmehr in ihrer ganzen Realität bekannt geworden ist, weil er eine besonders eingehende und lebendige Vorstellung von ihr hat. Dieser Effekt wird schon mit der Verurteilung eintreten, noch eindringlicher mit der Verbüssung. Wenn demgemäss unter den Gegenmotiven, welche normaler Weise vom Verbrechen abmahnen, das Gegenmotiv der Bestrafung mit aussergewöhnlicher Deutlichkeit auftritt, und wenn trotzdem das Verbrechen erneut wird, so hat der Täter einen aussergewöhnlich starken Verbrecherwillen an den Tag gelegt. Aus diesem Gesichtspunkt erhöht sich die Strafe beim Rückfall. Nicht deshalb schärft das Gesetz die Strafe, weil statt einer mehrere deliktische Handlungen vorliegen; denn wegen der früheren Delikte kann

---

Vorgang, der sich in unserem Gedankenkreise abspiele; ein solcher innerer Vorgang könne aber unmöglich eine Eigenschaft genannt werden. Diese Argumentation findet ihre Widerlegung in der weiten Interpretation, die wir den Begriffen der Eigenschaften und Verhältnisse gegeben haben. Vergl. oben p. 14. — Die Überlegung wird als persönliches Moment im Sinne des § 50 angesehen von Finger, p. 363; Meyer, p. 281, Anm. 36; v. Liszt, p. 234; Hälschner, Band I, p. 439, Anm. 1; Berner, p. 516; Rüdorff, p. 178, Anm. 4 zu § 50; Beling, p. 444; v. Bar, Band II, p. 664, 668; Geyer, in Holtzendorffs Handbuch, Band II, p. 364, 395; Krug, p. 48—49; Ortmann, p. 391; ebenso von gewissen französischen Autoren (s. o. p. 38). — Abweichend Meyer-Allfeld, p. 191, Anm. 1; Frank, p. 281, Anm. II zu § 211; Olshausen, 1907, Anm. 5a zu § 50, Band I, p. 219; Binding, Grundriss, p. 140; Lehrbuch, Band I, p. 28; Frank, p. 281, Anm. II zu § 211; Oppenhoff, p. 133—134, Anm. 2 zu § 50; Geyer, in Holtzendorffs Handbuch, Band IV, p. 162—163. Rechtsprechung des Reichsgerichts, Band III, p. 93. Die abweichende Ansicht dieser Autoren beruht zu einem Teil darauf, dass sie die Überlegung als eine Qualität des Vorsatzes betrachten, während doch das qualifizierende Moment bei der Überlegung nicht im Inhalt, sondern in der Intensität des Willens liegt. Vergl. Meyer-Allfeld l. c., Krug l. c.; sie ist zum andern Teil darin begründet, dass mit dem Begriff der Eigenschaften und Verhältnisse in § 50 das Merkmal der Dauer verbunden wird; diese Auffassung ist aber unrichtig, wie aus unserer früheren Auslegung dieser Begriffe folgt. Vergl. oben p. 14.

eine Strafe nicht mehr eintreten; sie sind gebüsst. Aber die Begehung der früheren Delikte wirft ein besonderes Licht auf den Verbrecherwillen beim späteren Delikt und gibt ein wichtiges Beweismittel für seine Intensität.[1])

Im Gesetz wirkt der Rückfall straferschwerend beim Diebstahl (§§ 244, 245), beim Raub (§ 250 No. 5), bei der Hehlerei (§ 261), beim Betrug (§ 264) und beim Bettel (§ 362 II).

Die eben geschilderte psychologische Verfassung des Subjekts stellt aber nur den typischen Untergrund des Rückfalls dar. Es ist möglich, dass der Täter in das Verbrechen zurückfällt, ohne dass der Gedanke der Bestrafung überhaupt in ihm aufkommt. Trotzdem erleidet er die Rückfallstrafe des Gesetzes, für welche die besondere Deutlichkeit der drohenden Bestrafung nur die ratio legis, nicht aber eine begriffliche Voraussetzung bildet. Auch in diesen Fällen ist höhere Strafe gerechtfertigt; denn der verbrecherische Wille offenbart eine besondere Stärke eben dadurch, dass er normale Gegenmotive im Entstehen unterdrückt.

Aber ganz abgesehen von einer Bestrafung und der durch sie entstehenden Gegenmotive offenbart sich schon durch die häufige Begehung eines Delikts an sich eine besonders starke Triebkraft zum Verbrechen. Es ist ein bekanntes psychologisches Phänomen, dass durch die öftere Wiederholung ein und derselben Tätigkeit allmählich der zu ihr treibende Wille verstärkt und die Widerstandskraft gelähmt wird. Und wenn das Gesetz für die gewohnheitsmässige Begehung erhöhte Strafe droht, so geschieht das mit Rücksicht auf die besondere Stärke des deliktischen Willens, auf welche die häufige Begehung schliessen lässt.

Der gleiche Gesichtspunkt der öfteren Wiederholung ist für

---

[1]) Für die individuelle Anrechnung des Rückfalls steht bei weitem die herrschende Lehre. So v. Liszt, p. 233; Finger, p. 363; Meyer-Allfeld, p. 191, Anm. 1; Oppenhoff, Anm. 5 zu § 50, p. 134; Schütze, p. 146, Anm. 10; Rüdorff, p. 177, Anm. 2 zu § 50; v. Bar, Band II, p. 664; Beling, p. 444; Ortmann, p. 391; Geyer, in Holtzendorffs Handbuch, Band II, p. 365, 395; Doerr, p. 350—351; Büll, p. 22, 40; Krug, p. 50; Reichsgericht-Entscheidungen, Band II, p. 261; Band IV, p. 184, Band XXIII, p. 378; Band XXV, p. 266; ebenso Frank, p. 82, Anm. II zu § 50 auf Grund analoger Anwendung; im Ergebnis übereinstimmend Meyer, p. 281; Olshausen, Anm. 3 zu § 50 und andere, auch die zitierten französischen Autoren, welche im Rückfall ein höchstpersönliches Moment sehen. Vergl. oben p. 13. — Abweichend Binding, Grundriss, p. 140.

die gewerbsmässige Begehung entscheidend, nur dass er sich hier noch mit einem andern Gesichtspunkt kombiniert, nämlich dem des verwerflichen Motivs. Die Häufigkeit des Delikts in Verbindung mit dem Zweck, sich eine Quelle von Einnahmen zu eröffnen, wirkt also straferschwerend sowohl mit Rücksicht auf die Intensität als auf den Inhalt des verbrecherischen Willens.[1])

De lege lata wirkt die Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit qualifizierend bei der Hehlerei (§ 260) und beim Wucher (§ 302 d), die Gewerbsmässigkeit beim Jagdvergehen (§ 294).

Ein anderer Fall, in welchem sich die besondere Intensität mit dem besonderen Inhalt des deliktischen Willens strafändernd kombiniert, ist die Tötung des neugeborenen unehelichen Kindes durch die Mutter (§ 217). Die Strafe wird hier gemindert einmal mit Rücksicht auf den pathologischen Zustand der Mutter, der durch den Gebärakt hervorgerufen wird: Durch die Erschöpfung und Aufregung wird das Gleichgewicht der seelischen Kräfte gestört; die Gegenvorstellungen können nicht ihre normale Wirksamkeit entfalten, und deshalb kann ein Motiv das Verbrechen auslösen, welches nicht stark genug wäre, bei voller Zurechnungsfähigkeit der Mutter den Widerstand der Gegenvorstellungen zu überwinden. Die Strafe wird ferner gemindert, weil der Gedanke

---

[1]) Der persönliche Charakter der Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit wird anerkannt von Meyer-Allfeld, p. 191, Anm. 1; v. Liszt, p. 233—234; Finger, p. 363; Oppenhoff, p. 134, Anm. 5 zu § 50; Rüdorff, p. 177, Anm. 2 zu § 50; Olshausen, No. 4 I f. zu § 50, Band I, p. 219; v. Bar, Band II, p. 664; Doerr, p. 351; Büll, p. 19 f.; Krug, p. 50. Frank, p. 82, Anm. II zu § 50 meint, man könne Rückfall, Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit, ohne der Sprache Gewalt anzutun, nicht zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen rechnen; man könne aber nicht umhin, den § 50 hier analog anzuwenden. Die individuelle Anrechnung wird auch ständig vom Reichsgericht vertreten. Entscheidungen, Band IV, p. 184; IX, p. 708; XXIII, p. 378: „Weil die Gewerbsmässigkeit wie auch die Gewohnheitsmässigkeit und der Rückfall die objektive Gestaltung der Tat unberührt lassen und sonach im Sinne des § 50 St.G.B. zu den persönlichen Eigenschaften gehören, welche nur dem zugerechnet werden sollen, bei welchem sie vorliegen: XXV, p. 266; XXVI, p. 3: „Der Begriff der Gewerbsmässigkeit erfordert notwendig, dass das strafbare Handeln in der Absicht vorgenommen ist, aus der fortgesetzten derartigen Betätigung des verbrecherischen Willens für sich selbst einen dauernden Erwerb zu erzielen." — Abweichend Binding. Grundriss, p. 140, für welchen Rückfall wie Gewerbs- und Gewohnheitsmässigkeit das gerade Gegenteil von persönlichen, nämlich Handlungs-Eigenschaften sind.

der unglücklichen Zukunft, welche ihr und dem Kinde bevorsteht, die Mutter zur Tötung treibt, und dieser Inhalt ihres deliktischen Motivs einen Entschuldigungsgrund bildet. [1])

Eine besondere Intensität des deliktischen Willens unterscheidet weiter die Verleumdung von der üblen Nachrede (§§ 186—187). Bei der Verleumdung muss sich der Täter nur über die Zweifelhaftigkeit seiner Behauptung hinwegsetzen, bei der üblen Nachrede hingegen über ihre Unwahrheit. Es bedarf also im letzten Fall eines stärkeren deliktischen Willens.

Es gehört endlich der Fall des § 158 hierher, welcher allerdings zu manchen Bedenken Anlass gibt. Der § 158 mindert die Strafe des Meineids und der falschen Versicherung an Eidesstatt, wenn der Schuldige, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet wird, die falsche Aussage bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft, ehe noch aus ihr ein Rechtsnachteil für einen andern entsteht.

Man könnte hier behaupten, dass die Handlung des Meineids oder der falschen Versicherung mit der Handlung des Widerrufs zu einem einheitlichen Deliktstatbestand verschmolzen sei, dass also der Widerruf ein Tatmoment darstelle und infolgedessen nicht individuell angerechnet werden könne. Allein der Widerruf hat selbstverständlich keine deliktische Natur und kann sie auch dadurch nicht erhalten, dass er mit einer deliktischen Handlung formell zu einem einheitlichen Tatbestand verbunden wird. Denn der Widerruf ist keine sozialwidrige Handlung wie z. B. die Urkundenfälschung, bei welcher im Fall der Kombination mit einer Täuschung allerdings der sozialwidrige Charakter zu einem deliktischen gesteigert werden kann.

Es kann ferner nicht gesagt werden, das strafmindernde Moment liege allein in den Folgen der Handlung und sei aus

---

[1]) Die bei weitem herrschende Lehre rechnet den Strafminderungsgrund des § 217 allein der Mutter an. So Frank, p. 81, Anm. I zu § 50; v. Liszt, p. 233; Oppenhoff, p. 134, Anm. 5 zu § 50; Rüdorff, p. 177 f., Anm. 2 zu § 50; Olshausen, Band II, p. 219, Anm. 4 IId, 5 zu § 50; Hälschner, Band I, p. 439; v. Bar, Band II, p. 664, Anm. 123; Schütze, p. 146, Anm. 10; Schwarze, p. 212; Geyer, in Holtzendorffs Handbuch, Band II, p. 364; Ortmann, p. 391; Doerr, p. 352—353; Büll, p. 18; Krug, p. 47. Reichsgericht-Entscheidungen, Band II, p. 154. Rechtsprechung, Band III, p. 96. — Abweichend Merkel in Holtzendorffs Rechtslexikon unter „Kindsmord“.

diesem Grunde sämtlichen Beteiligten anzurechnen. Denn das Gesetz macht die Strafminderung nicht objektiv davon abhängig, dass der Rechtsnachteil entfällt oder sich verwirklicht. Vielmehr ist die Abwendung des Rechtsnachteils nur dann von Bedeutung, wenn sie auf eine spontane Handlung des Schuldigen zurückzuführen ist.

Liegt also der Strafminderungsgrund nicht in einem Tatmoment, so muss er in einem Willensmoment liegen. Und der § 158 lässt auch mit aller Deutlichkeit den Gedanken des Gesetzes erkennen: Wenn der Widerspruch erfolgt, bevor dem Schuldigen unmittelbar eine Strafverfolgung droht und bevor die falsche Aussage ihre inhaltschweren Folgen nach sich zieht, so lässt sich der Widerruf psychologisch nur in der Weise erklären, dass die deliktische Tat nicht völlig dem Charakter des Handelnden entsprach, dass er sie in einem Augenblick verübte, wo seine seelischen Kräfte nicht in vollkommenem Gleichgewicht waren, wo demnach die Gegenvorstellungen nicht ihre normale Wirksamkeit äusserten, und dass eben die Tat seinem Willen nicht mehr entsprach, sobald die Bildung des Willens sich in normaler Weise vollzog. Wir gelangen also wiederum zu dem Ergebnis, dass der Strafminderungsgrund in einer besonderen Intensität des verbrecherischen Willens liegt: Es genügte ein besonders schwaches Motiv, um bei einem gegebenen psychologischen Zustand das Verbrechen auszulösen. Allerdings, es soll nicht geleugnet werden, dass auch die Abwendung des Rechtsnachteils für die Strafminderung von massgebendem Einfluss ist; aber ebenso bildet die tätige Reue einen wesentlichen Bestandteil des Strafminderungsgrundes; und so kann denn das Privileg des § 158 nur für denjenigen wirken, bei welchem die tätige Reue sich zeigt.[1])

Somit ergibt sich, dass der Strafminderungsgrund demjenigen

---

[1]) Man vergleiche die Motive des I. Entwurfs zu der analogen Gesetzesbestimmung, nach welcher die tätige Reue das fahrlässige Eidesdelikt straflos macht: „Auch die verheissene Straflosigkeit bei einem fahrlässig geleisteten Eide, wenn der Schwörende, bevor noch die Unrichtigkeit seines Zeugnisses bekannt geworden, selbst die Anzeige von der Unwahrheit seines Eides macht, ist beibehalten worden, da hierin ein Fall betätigter Reue (!) liegt, durch den die geschehene Rechtsverletzung in ihren objektiven Folgen geradezu als aufgehoben angesehen werden muss.“ (p. 147.)

Täter oder Teilnehmer zu gute kommt, welcher die falsche Aussage widerruft. Man könnte hier einwenden, dass nur der Aussagende selbst seine Erklärung widerrufen kann. Doch wäre dies ein Formalismus, der dem festgelegten Sinn des § 158 nicht entspräche; und zudem kann man auch von dem Teilnehmer sagen, dass er widerruft, denn die falsche Aussage ist auch sein Werk. Wenn aber der Teilnehmer nicht selbst den Widerruf erklärt, sondern den Täter dazu überredet, so findet allerdings der § 158 nach seinem Wortlaut keine Anwendung auf ihn. Doch es ergibt sich aus der ermittelten ratio legis, welche vollkommen auf einen solchen Teilnehmer passt, dass die Bestimmung des § 158 in einem solchen Falle analog anzuwenden ist.[1])

II. Die Konstruktion bei der Mittäterschaft.

§ 14.

Wir haben bisher nur die Bedeutung des § 50 für die Teilnahme untersucht, und es bleibt nunmehr übrig, seine Bedeutung für die Mittäterschaft zu betrachten.

Sehen wir zunächst von dem § 50 ab. Die Deliktsform der Mittäterschaft hat keine akzessorische Natur, wie wir schon früher festgestellt haben.[2]) Das bedeutet aber nur, dass die Handlung des Mittäters in ihrer Strafbarkeit nicht von einer andern Handlung abhängig ist, nicht aber, dass dem Mittäter kein Moment einer fremden Handlung angerechnet werden darf. Wir haben früher

---

[1]) Ebenso Olshausen, Anm. 4 IIe zu § 50; Hälschner, Band II, p. 925; Doerr, p. 349; Büll, p. 18; — abweichend v. Liszt, nach dem nur der Schwörende selbst widerrufen kann (p. 598); Binding, welcher den § 158 auf den Anstifter zum Eidesdelikt nur anwendet, wenn er auch zum Widerruf anstiftet, nicht aber wenn er selbst widerruft (Lehrbuch, Band II 1, p. 162); Krug zählt den Widerruf zu den Strafbarkeitsmerkmalen im Gegensatz zu den Deliktsmerkmalen: denn er gehöre weder zu den Umständen des Willens, noch zu den Umständen der Handlung oder des Erfolges und enthalte deshalb keinen Schuldanteil. Auf die Strafbarkeitsmerkmale findet aber nach Krug der § 50 keine Anwendung (p. 61 f.; s. auch p. 31 f.). Wir weichen von dieser Auffassung dadurch ab, dass wir dem Widerruf eine Bedeutung für die Schuld zuschreiben, dass wir die nachfolgende Einsicht und Reue — wie auch Krug in anderm Zusammenhang (p. 50) — als Beweismittel für einen geringen Schuldgrad betrachten.

[2]) p. 7.

gesehen, dass die bewusst gemeinschaftliche Herbeiführung des deliktischen Erfolgs eine gewisse Haftbarkeit des einen Beteiligten für die Handlung der andern nahe legt, [2]) und wir fragen nun, in welchem Umfang dem einen Täter die Handlung der Mittäter anzurechnen ist. Wenn wir diese Frage verfolgen, so müssen wir zu der gleichen Theorie gelangen, welche wir für die Teilnahme aus allgemeinen Grundsätzen der Billigkeit hergeleitet haben: Wir müssen zu dem Ergebnis kommen, dass für die Tatmomente, eine solidarische, für die Willensmomente nur eine individuelle Haftung besteht. Diesen gleichen Satz spricht auch der § 50 für die Mittäterschaft aus, — indem er ihn allerdings auf die strafändernden Momente beschränkt. — Der § 50 bestätigt also, was die Mittäterschaft anlangt, nur ein Ergebnis, das schon aus allgemeinen Grundsätzen folgt. Die Rechtslage würde dieselbe sein, wenn der § 50 nur die Teilnahme, nicht die Mittäterschaft beträfe; der § 50 ist für die Mittäterschaft materiell bedeutungslos. Es findet somit das Prinzip von der solidarischen Haftung für die Tatmomente und der individuellen Haftung für die Willensmomente sowohl auf die Teilnahme wie auf die Mittäterschaft Anwendung, allerdings mit einem zwiefachen Unterschiede: Einmal ist die gesetzliche Grundlage, auf welcher dies Prinzip aufgebaut ist, in beiden Fällen nicht die gleiche: Bei der Mittäterschaft gibt das Gesetz von vornherein der Wissenschaft volle Freiheit, den Umkreis der individuellen und solidarischen Haftbarkeit zu bestimmen. Anders bei der Teilnahme. Hier wird zuerst das Prinzip von der akzessorischen Natur dieser Deliktsform aufgestellt, welchem an sich eine unbeschränkte Solidarhaftung des Teilnehmers entspricht. Und dann wird dies Prinzip wiederum von dem § 50 durchbrochen, der in gewissem Umfang eine individuelle Haftbarkeit statuiert und die Begrenzung dieses Umfangs seinerseits der Wissenschaft überlässt. Der zweite Unterschied besteht darin, dass der festgestellte Grundsatz bei der Teilnahme nur für die strafändernden, bei der Mittäterschaft hingegen auch für die strafentscheidenden Momente gilt, weil er hier nicht durch den § 50 beschränkt ist und er nach der Art seiner Begründung auf die strafentscheidenden wie auf die strafändernden Momente Anwendung findet.

---

[1]) p. 3.

D. Die künftige Gesetzgebung.

§ 15.

Wenn wir zum Schluss unsere Betrachtung auf eine künftige Gesetzgebung lenken, so ergibt sich unser Standpunkt ganz von selbst. Wir haben unser Prinzip von der solidarischen Haftbarkeit für die Tatmomente und von der individuellen Haftbarkeit für die Willensmomente aus allgemeinen Billigkeitserwägungen abgeleitet, und wir müssen deshalb seine Geltung auch für eine künftige Gesetzgebung vertreten. Seine Formulierung und systematische Stellung wird von der künftigen Konstruktion der Teilnahme abhängen. Hat die Teilnahme eine akzessorische Natur, so wird das Prinzip sich als eine Ausnahmebestimmung darstellen.[1]) Im andern Falle wird es bei der Teilnahme ebenso wie bei der Mittäterschaft aus allgemeinen Sätzen folgen. Immer aber wird eine formelle Bestätigung des Prinzips durch eine klare Gesetzesbestimmung erwünscht sein, wo das Prinzip schon durch sich selber gilt.[2]) Und endlich muss es auf die strafändernden wie auf die strafentscheidenden Momente erstreckt werden, weil eine verschiedene Behandlung beider keine innere Berechtigung hat, vielmehr das gefundene Prinzip seiner Herleitung gemäss für beide Arten von Handlungsmomenten Geltung beanspruchen muss.

---

[1]) Das portugiesische Strafgesetzbuch statuiert die akzessorische Natur der Teilnahme, enthält aber keine derartige Ausnahmebestimmung, sodass die gleiche Streitlage entstehen muss wie im französischen Recht.

[2]) Das neue norwegische Strafgesetzbuch kennt die akzessorische Natur der Teilnahme nicht, es gibt auch keine Bestimmung über die individuelle Anrechnung der strafändernden und strafentscheidenden Momente, sodass dem Streit der Wissenschaft über die Grenzen der persönlichen Momente Tür und Tor offen bleibt.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. von **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg, Prof. Dr. **A. Frh. v. Overbeck,** Freiburg (Schweiz), Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 98.

Studien zur Gesetzestechnik.

Von

Dr. Harald Gutherz.

II. Teil.

Phänomenologie und Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik.

BRESLAU 1909.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Studien zur Gesetzestechnik.

Von

Dr. Harald Gutherz.

II. TEIL.

Phänomenologie und Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik.

BRESLAU 1909.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Geheimen Hofrat Professor Dr. von Lilienthal

Heidelberg.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Inhalt.

Seite

Einleitung 3

I. Die Worte 7

A. Assoziation des Wortzeichens mit einer Bedeutungsvorstellung.

1. Allgemeines.
2. Unmittelbare und mittelbare Assoziation.
3. Notwendigkeit der Rechtfertigung der Verwendung einer mittelbaren Assoziation.
4. Stellvertretung neuer Worte durch bekannte ähnliche Worte.
5. Verweisungen können durch Systemänderung und Wiederholung vermieden werden.
6. Ebenso Fiktionen.
7. Vom Rechtsverständnis überhaupt ausgeschlossene Menschen.
8. Eine Voraussetzung der Volkstümlichkeit.

B. Verhältnis zwischen Bedeutungsvorstellung und Begriff 12

C. Verschiedenheit der Wortzeichen 16

1. Allgemeines.
2. Gleiche Wortzeichen assoziieren sich mit verschiedenen Vorstellungen. (I D.)
3. Das Gesetz führt dies absichtlich herbei, weil die Armut der Sprache dazu zwingt.
4. Es tut dies mit oder ohne genügende Verwendung anderer Wortzeichen.
5. Das Gesetz wählt zur Bezeichnung der gleichen Vorstellung verschiedene Zeichen aus ästhetischen Gründen.
6. Die gleiche Vorstellung wird hierdurch nur schwer erweckt.
7. Lehren.

D. Verschiedenheit der Vorstellenden 19

1. Allgemeines.
2. Die gebräuchlichen Worte erwecken die meist übereinstimmenden Vorstellungen.
3. Der Inhalt (das Recht) verlangt Verwendung wenig gebräuchlicher Worte.
4. Diese werden durch Worte mit inhaltsärmeren oder inhaltsreicheren Vorstellungen korrigiert. Die Definition als logisches Gebilde ist kein gesetzestechnisches Mittel.

Seite

5. Wenig gebräuchliche Worte werden verwendet entweder zur Verkürzung des Gesetzes oder weil bessere nicht da sind.
6. Nur Juristen können ein Gesetz vollkommen verstehen.
7. Das Gesetz muss die Illusion der Volkstümlichkeit erwecken.
8. Ist ein Gesetz allen juristischen Praktikern verständlich, so genügt es diesem Erfordernis der Geltungsmöglichkeit.
9. Das Gesetz soll wirklich volkstümlich sein.
10. Grenzen der Volkstümlichkeit; juristische Terminologie.
11. Das Volk kann nur eine ungefähre Rechtskenntnis erwerben.
12. Mögliche Volkstümlichkeit.
13. Die bisherige Gesetzessprache bildet eine wertvolle Stütze.
14. Die Mangelhaftigkeit der Worte verlangt das Auskommen mit einem möglichst geringen Sprachschatze.

E. Verschiedenheit der Bedeutungsvorstellungen zu verschiedenen Zeiten 34
1. Fast alle Worte unterliegen dem Bedeutungswandel. Ein kleiner, geschlossener Wortschatz nützt dies zu geschlossener Rechtsentwicklung innerhalb des Gesetzes aus.
2. Manche Worte unterliegen dem Bedeutungswandel rascher, manche langsamer.
3. Erstere sind besonders empfänglich gegen individuelle Einflüsse. Verbindung mit objektiven, eventuell veränderlichen Massstäben behebt diesen Mangel.

II. Die Sätze 36
A. Assoziation der Satzbilder mit Bedeutungsvorstellungen. Stil.
B. Verhältnis zwischen Bedeutungsvorstellung und Begriff. Die wesentlichste Eigenschaft des Satzes ist der enge Zusammenhang der Einzelvorstellungen. Sätze, die nur ein Wort als Zeichen haben. Sätze ohne Worte. Sätze, die in ihre Worte zerfallen.
C. Verschiedenheit der Satzbilder. Wortstellung. Interpunktion. Grammatik.
D. Verschiedenheit der Vorstellenden. Grammatik. Volkstümlichkeit. Erfordernis kurzer Sätze.

III. Die Aussprüche 42
Einleitung. Jeder Satz ist als Bestandteil eines Gesetzes Ausspruch. Seine Form (indikativische oder imperativische) ist diesbezüglich ganz gleichgültig.

A. Die Expansivität der Aussprüche 44
1. Sie wirkt in induktiver und in deduktiver Richtung. Sie entstammt dem unbedingten Geltungswillen des Rechtes. Sie ist in gleicher Kraft die Eigenschaft jeglichen Ausspruches. Sie ist nicht gleich der geleugneten Expansionskraft des Rechtes.
2. Expansivität, die in induktiver Richtung wirkt. Es ist für sie gleichgültig, ob sie an den einzig vorhandenen oder an mehrere Aussprüche anknüpft. Der Gesetzestechniker kann sich gegen sie dadurch wehren, dass er bloss die notwendigen Merkmale

Seite

in sein Gesetz aufnimmt, Überflüssiges, Widerspruchsvolles, Zufälliges aus demselben weglässt und dadurch die höchste Stufe der Abstraktion erreicht. Analogieverbote, Beifügung eines „nur“ sind wirkungslos. Die Notwendigkeit kann der Widerspruchslosigkeit gleich gesetzt werden.

3. Die Expansivität, die in deduktiver Richtung wirkt, ermöglicht die Anwendung des Rechtes auf den konkreten Fall. Sie muss an einen Ausspruch anknüpfen, der ein Glied in der Kette: Tatbestand — Rechtsfolge bildet. Die Praktikabilität. Ihr Verhältnis zur Klarheit und Eindeutigkeit der Aussprüche, sowie zur Höhe ihrer Abstraktion. Die Unübersehbarkeit der Wirkungen eines Ausspruches. Anlehnung an das bisher geltende Recht. Der Vorwurf der Kasuistik trifft nicht immer den Gesetzestechniker, sondern auch oft den Rechtspolitiker. Die Angabe von Konsequenzen ist überflüssig, ausser bei Erhöhung der Anschaulichkeit durch massvolle Beispielsangaben.

B. Die Affinität der Aussprüche. Die Aussprüche des Gesetzes müssen nicht in einer bestimmten Ordnung stehen, eine solche ist aber wortsparend und zeitsparend und ermöglicht erst die Volkstümlichkeit. Eine rechtswissenschaftliche Ordnung verdient vor allen anderen den Vorzug. Es empfiehlt sich im Hinblick auf die schon vorhandenen Berührungsassoziationen — auf Grund dessen, dass die Ordnung des Gesetzes nicht wissenschaftlich einwandsfrei sein muss — die Annahme des in der Wissenschaft herrschenden Systems. 58

C. Die Spaltbarkeit und Zusammenlegbarkeit der Aussprüche 62

IV. Das Verhältnis der Aussprüche zueinander 63

A. Die Einordnung 64

B. Der Ausschluss. Grenzaussprüche. Grenzfälle 65

C. Die Kollision 68

D. Die Kumulation 73

V. Das Gesetz 73

A. Länge des Gesetzes.

B. Prüfung seiner gesetzestechnisch bedeutsamen Wirkungen.

Schluss. Zusammenstellung der wichtigeren Sätze der Gesetzestechnik . . . 74

Vorwort.

Zwei Monate nach Herausgabe des ersten Teiles meiner „Studien zur Gesetzestechnik" und kurze Zeit vor Beendigung des vorliegenden zweiten Teiles ist der VI. Band des allgemeinen Teiles der Vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (Berlin 1908) und darin W a c h s „Legislative Technik" erschienen. W a c h s Arbeit bringt wesentlich in Form einer Kritik des R.St.G.B. eine Fülle wertvoller Details, erstrebt aber nicht eine systematische Darstellung und Grundlegung gesetzestechnischer Lehren. (Man vergl. W a c h s eigene Äusserung S. 8.) W a c h nimmt die Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik, welche seiner Kritik zugrunde liegen, auf S. 6 in e i n e m Satze als feststehend an: „Rein äusserlich wird das einfache und klare, prägnant und anschaulich gefasste, leicht verständliche, übersichtliche, Überflüssiges meidende, alles Erforderliche enthaltende, lücken- und widerspruchslose Gesetz technisch gut genannt werden dürfen". So wurde einerseits die nachfolgende Untersuchung durch W a c h s Arbeit inhaltlich gar nicht berührt, und anderseits findet die Beschränkung auf die mir wichtig erscheinende Aufstellung und Fundierung eines Systemes der Gesetzestechnik einen neuen Grund in der reichen von W a c h zusammengetragenen Erfahrung über die Wirkungen der technischen Bestandteile eines Gesetzes. Es ist mir sehr wertvoll, dass diese Erfahrung fast durchweg für die Resultate meiner Arbeit spricht.

Für die zahlreichen Aufmunterungen, die ich gerade im Hinblick auf den systematischen Aufbau meiner Studien zur Gesetzestechnik nach Erscheinen von deren erstem Teil aus den Kreisen juristischer Theoretiker erhalten habe, erlaube ich mir hier meinen allerbesten Dank auszusprechen.

Einleitung.

Die Studien zur Gesetzestechnik mussten mit einer Feststellung des Begriffes der Gesetzestechnik beginnen. Im ersten Teil dieser Studien (Studien zur Gesetzestechnik, Teil I, Der Begriff Gesetzestechnik und sein Wert, Untersuchung auf dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre, Breslau 1908, Strafrechtliche Abhandlungen, begründet von Professor Dr. H a n s B e n n e c k e , herausgegeben von Dr. v o n L i l i e n t h a l , Heft 93 [im folgenden durch blosse Seitenangabe zitiert]) wurde mit Hilfe der Begriffe Gesetz und Recht klargelegt, dass es die Gesetzestechnik mit der gedanklichen und sprachlichen Verkörperung eines konkret bestimmten Rechtszustandes zu tun habe, und dass sie die Lehre von dem hierzu dienlichen Mittel sei. (S. 4, 7 und 111.)

Die scharfe Inaugnahme des Zweckes, dem die Gesetzestechnik dient, ergab auch manchen Hinblick auf die notwendigen Eigenschaften der diesem Zweck dienlichen Mittel. (S. 111 ff.) Sollte der fragliche Zweck zum ersten Male in der Zukunft erfüllt werden, so wäre man bei Aufstellung der zweckdienlichen Mittel tatsächlich auf dasjenige beschränkt, was aus dem Wesen des Zweckes folgt, und auf dasjenige, was man ausserhalb von Gesetzen über die so festgestellten Mittel erfahren kann. Das ist aber glücklicherweise nicht der Fall. Es sind schon sehr viele Gesetze (S. 11 und 91 ff.) geschaffen worden; der festgelegte Begriff „Gesetzestechnik" ermöglicht es in diesen Gesetzen dasjenige gesondert zu betrachten, was an ihnen gesetzestechnisch ist; es ist viel Erfahrung darüber angesammelt, was die technischen Bestandteile der Gesetze, als Ursachen betrachtet, wirken, und so ist die Möglichkeit gegeben, eine Phänomenologie der Gesetzestechnik aufzustellen. Die Phänomenologie der Gesetzestechnik kommt dadurch zu stande, dass man alle bisherigen Erscheinungen des Gesetzestechnischen als Ursachen auffasst und ihre Wirkungen erforscht. Sie beinhaltet die in diesem Erscheinungsgebiet auffindlichen

Naturgesetze, und sie stellt die so gefundenen notwendigen Zusammenhänge dem Gesetzestechniker der Zukunft als Belehrung zur Verfügung. Für diesen verwandeln sich die konstatierten Wirkungen in abgelehnte oder aufgegriffene, jedenfalls aber notwendig am Endzweck (Rechtsverkörperung durch Gesetz) gerichtete nähere Zwecke; die zu diesen Wirkungen gehörigen Ursachen aber verwandeln sich in Mittel. Es wird ihm auf diese Weise alles Material zugetragen, das ihm die Wissenschaft der Gesetzestechnik zur Verfügung stellen kann. Bezüglich all jener möglichen Mittel, die nicht bei Betrachtung des Zweckes als undienlich ausscheiden (S. 111 ff.), und die bisher noch niemals angewendet worden sind, tritt die Inspiration des Gesetzestechnikers in das ihr allein zugängliche, durch die Wissenschaft vom Zweck eng genug umschriebene Gebiet. Bezüglich aller bisher angewendeten und in ihrer Wirkung bereits verfolgbaren Mittel aber, welche wohl auch in weite Zukunft die Hauptmasse der gesetzestechnischen Mittel ausmachen wird, herrscht unumschränkt eine strenge Wissenschaft, die freilich bisher noch nicht viel geübt worden ist (S. 6), die aber deshalb von Anfang an abzulehnen eine unwissenschaftliche Tat darstellt. Glaubt jemand, dass seine Inspiration zur Schaffung von Gesetzen ausreicht, und dass er daher die Wissenschaft der Gesetzestechnik entbehren kann, so sei ihm darin nicht widersprochen. Die vielen bisher ohne technische Erwägungen abgefassten und technisch guten Gesetze beweisen, wie weit die Inspiration hier führen kann. Aber „comme la considération attentive du problème ne peut offrir aucun incovénient, c'est assez pour la justifier, qu'elle soit susceptible d'avantages éventuels" (Geny, La Technique législative dans la Codification civile moderne in Le Code Civil 1804—1904 Livre du Centenaire, Paris 1904, Tome second [im folgenden zitiert: Geny, Technique], S. 1020), und zu diesen avantages gehört es sicher, dass ein technisch schlechter Gesetzentwurf mit den Waffen der Wissenschaft bekämpfbar wird. [1])

[1]) Dass es bisher nur selten zu einer solchen considération attentive kam, ist nicht besonders auffällig, denn: „Jede Kunstlehre pflegt später zu sein als die Übung der Kunst, und auf Regeln zu bringen, was die Meister mit Erfolg versucht haben". (Sigwart, Logik, 3. Aufl., Tübingen 1904, Bd. 1, S. 27.) Es ist überdies auch zu sehr die Ansicht verbreitet gewesen, dass gesetzestechnische Regeln nicht gut aufstellbar seien. „Wie diese Darstellung beschaffen sein müsse, lässt sich leichter in gelungenen oder verfehlten Anwendungen fühlen, als durch allgemeine Regeln aussprechen." (Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Neudruck nach der 3. Aufl., Freiburg i. B. 1892, S. 15.)

Bei der nachfolgenden Phänomenologie der Gesetzestechnik dienen die Ausführungen über den Begriff der Gesetzestechnik vorerst nur dazu, das Gesetzestechnische aus den Gesetzen zu scheiden, um seine Wirkungen gesondert betrachten zu können. Die Aufschlüsse, welche die Betrachtung des Zweckes der Gesetzestechnik über die Art der Mittel derselben gab, und die S. 111—115 unter dem Titel „Ergebnisse" zusammengestellt sind, bilden keine Voraussetzung der nachfolgenden Untersuchung, die ja nichts anderes darstellt als die Wirkungen der gesetzestechnischen Mittel, und die diese Mittel immer nur bedingungsweise, d. h. unter der Bedingung der Bejahung ihrer Wirkungen zur Annahme empfiehlt. So werden alle in den „Ergebnissen" zusammengestellten Lehren hier nochmals in dem Sinne bedingungsweiser Anempfehlungen aufscheinen, jede einzelne bis zu einem gewissen Grade unabhängig von der anderen und auch neuerlich und besser überprüfbar als im ersten Teile dieser Studien. Die dort gegebene Rechtsdefinition und die Definition der Gesetzestechnik ist nur insofern präjudiziell, als sie es vielleicht veranlasst, dass Teile der Gesetzestechnik irrtümlich übergangen werden. Nur die S. 113—115 unter Ziffer 1 und 5 angestellten gesetzestechnischen Erwägungen kommen nicht wieder vor. Die Gleichwertigkeit aller Bestandteile eines Gesetzes und die Lückenlosigkeit des Gesetzes mit der Mahnung zur Verwendung gleichmässig sachlicher Sprache und mit der weiteren Mahnung zu genauer Erwägung, ob der gesetzesleere Raum dem von der Rechtspolitik gewollten rechtsleeren Raume entspricht, wurde ein für allemal behandelt. Die Gleichwertigkeit der Gesetzesbestandteile gab die Grundlage dafür, womöglich jeden solchen in seinen Wirkungen gleicherweise zu verfolgen, soferne er gesetzestechnische Ausbeute versprach, und die Wirkung von Lücken, d. h. von irgend einem Nichtdasein, konnte in einer „Phänomenologie" nicht erforscht werden.

Die nachfolgende Untersuchung wird aber nicht nur eine Bestätigung des bereits Ausgesprochenen auf neuem Fundamente bringen, sondern sie wird auf ihrem Wege auch Neues zu Tage fördern, und zwar womöglich alles, was von gesetzestechnischem Werte ist.

Der vorliegende II. Teil dieser Studien beschränkt sich auf das Gebiet der allgemeinen Gesetzestechnik. (S. 6.)

Die Phänomenologie und die Lehren der allgemeinen Gesetzestechnik werden nicht in zwei gesonderte Absätze geschieden werden, obwohl erstere eine theoretische Disziplin bildet, letztere aber eine

praktische Wissenschaft darstellen. Es werden vielmehr aus Gründen der Darstellung, vor allem zur Vermeidung von Wiederholungen und Verweisungen die Lehren der Gesetzestechnik jeweils mit den entsprechenden Absätzen der Phänomenologie verbunden. Am Schlusse der Arbeit werden die wichtigeren Lehren der leichteren Übersicht halber unter Verweisung auf die begründenden Stellen nochmals kurz wiedergegeben.

Zu einem auch nur teilweise grundlegenden System fürchte ich auf diesem unbearbeiteten Gebiet nicht zu gelangen. Trotzdem liegt mir an der Aufstellung eines wenn auch unvollkommenen Systems mehr als an der Sammlung des Tatsachenmaterials, weil ich glaube, durch Ersteres der Gesetzestechnik mehr dienen zu können als durch Letzteres. Diese Absicht rechtfertige die Art der Bearbeitung des Gebietes. Es wird in dem Hefte nicht viel Literatur zu finden sein, wohl aber viel ehrliches Streben nach richtiger eigener Gedankenarbeit.

I. Die Worte.

A. Assoziation des Wortzeichens mit einer Bedeutungsvorstellung.

1. Nimmt man ein Gesetz zur Hand, so ist die erste augenfällige Erscheinung in demselben das Wortzeichen. Dieses Wortzeichen kann die Ursache sehr vieler Assoziationen sein. (Wundt, Völkerpsychologie, Bd. I, Die Sprache, Leipzig 1. Aufl. 1900 [zitiert: Wundt, Sprache], Teil 1, S. 519.) Wichtig ist hier vor allen Dingen die Assoziation des Wortzeichens mit der vom Worte beinhalteten Vorstellung. Bei einer bestimmten Anzahl von Menschen tritt bei der Auffassung des Wortzeichens eine Vorstellung im Bewusstsein hervor, die von der Seh-, Gehörs- und Bewegungsempfindung gesondert, jedesmal in wenigstens ähnlicher Weise wiederkehrt, so oft das betreffende Wortzeichen neuerlich aufgefasst, so oft der mit diesem Zeichen ebenfalls assoziativ verbundene Lautbestandteil gehört, so oft endlich das Wort geschrieben oder gesprochen wird. Ohne diese Assoziation kann die sprachliche Verkörperung eines Rechtes nicht zu stande kommen, denn sie gehört zum Begriffe der Sprache. Sie ist ein unumgängliches Mittel der Gesetzestechnik, und es ist daher notwendig zu erforschen, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt.

Nimmt man die Worte des § 1 B.G.B. vor: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt“, so wird sich zeigen, dass jedes der darin enthaltenen Wortzeichen bei allen deutsch sprechenden und lesenden, erwachsenen, geistig gesunden, im Zustande ungetrübten Bewusstseins befindlichen Menschen mit Vorstellungen der oben erwähnten Art assoziiert sind. Nimmt man z. B. aus § 47 B.G.B. das Wort „Liquidation“ oder aus § 260 B.G.B. das Wort „Inbegriff“ her, so wird eine Assoziation zwischen Wortzeichen und vom

Wort beinhalteter Vorstellung nur bei einer kleineren Gruppe von Menschen zu erzielen sein, nämlich nur bei „gebildeten" Menschen.

Diesen Erscheinungen gegenüber zeigt sich die Notwendigkeit von Klassifikationen der die Assoziation hervorrufenden Wortzeichen und der die Vorstellungen reproduzierenden Menschen.

Letztere mögen in vier Gruppen geteilt werden, und zwar B in jene Gruppe, welche aus deutsch sprechenden und lesenden, erwachsenen, geistig gesunden, im Zustande ungetrübten Bewusstseins befindlichen Menschen gebildet wird, C in jene, welche aus überdies noch gebildeten Menschen besteht, D in jene, deren Mitglieder ausserdem fachgelehrt sind, und A in jene, deren Mitglieder nicht einmal die unter B verlangten Eigenschaften voll aufweisen. Die Wortzeichen kann man nun in der Art gruppieren, dass den oben erwähnten Menschengruppen B, C und D jene Wortzeichen zugegliedert werden, welche bei denselben Vorstellungen der obenerwähnten Art hervorrufen. Es entstehen auf diese Art die drei Gruppen von Wortzeichen: b, c und d, denen noch eine vierte Gruppe e beigefügt werden soll, die aus Wortzeichen besteht, die bei keiner der Menschenklassen B, C und D eine Vorstellung erwecken.

2. Es erhellt nun, dass zum Bau von Gesetzen nur Wortzeichen der Gruppen b, c oder d verwendet werden können, weil nur sie bei Mitgliedern der Gruppe B Vorstellungen hervorrufen und weil diese Vorstellungen für die sprachliche Verkörperung des Rechtes notwendig sind. Wortzeichen der Gruppe e können nur dann und nur insofern vom Gesetzestechniker herbeigezogen werden, als die bei ihnen auf direktem Wege nicht zu stande kommende notwendige Assoziation mit einer Vorstellung von obengedachter Art auf indirektem Wege doch herbeigeführt wird. Als Wortzeichen der Gruppe e kommen in Betracht nicht eingebürgerte Worte fremder Sprachen und völlig neue Worte, sowie Wortzeichen, welche Verweisungen und Fiktionen darstellen; als Ursachen indirekter Assoziation müssen aber immer wieder Worte der Gruppen b, c oder d herangezogen werden, welche die Worte der Gruppe e erklären. Was die Worte fremder Sprachen anbelangt, so wird ein Gesetz allerdings nicht notwendig selbst für die Herbeiführung dieser Assoziation sorgen müssen. Es genügt, wenn es dieselbe auf indirektem Wege ermöglicht, und das tut es ja, wenn es nur Wortzeichen verwendet, die für anderssprachige Menschen die Rolle der Worte b, c oder d spielen. Ein in fremder Sprache abgefasstes Gesetz kann die Rechtsuntertanen ruhig an die Grammatik und die Wörterbücher der

gebrauchten Sprache als Assoziationsbrücken weisen. In dem gemischtsprachigen Österreich geschieht dies auch dadurch, dass für die Staatsgesetze jeweils ein Urtext geschaffen wird (§ 2 des Ges. v. 10. 6. 1869 R.G.Bl. No. 113). Die amtlichen Übersetzungen sind da nur insofern Gesetz, als sie mit dem Urtext übereinstimmen. Würde kein Urtext geschaffen, so müsste die Rechtseinheit wohl auch im Prinzip aufgegeben werden. (Man vergl. Mohl, Politik I. Bd. Tübingen 1862, S. 439 f.)

3. Es ist leider nicht überflüssig, darauf hinzuweisen, dass es einer Rechtfertigung bedarf, Wortzeichen zu verwenden, die nur mit Zuhilfenahme von Assoziationsbrücken die für die Rechtserfassung nötigen Vorstellungen erwecken. Die Folge der Verwendung solcher Zeichen ist notwendig Zeitverlust und, sofern es sich um Verweisungen handelt, überdies eine Störung der Übersichtlichkeit. Assoziationsbrücken, die ausserhalb des Gesetzes stehen, sind ausserdem unzuverlässig oder doch unkontrollierbar. Nur sehr bedeutende Vorteile könnten die Verwendung der fraglichen Zeichen rechtfertigen.

4. Die Aufnahme neuer Worte wird immer, auch dort, wo es sich um die notwendige Prägung (zeit- und wortsparende Prägung) eines neuen terminus technicus handelt, durch die Verwendung eines schon bekannten Wortes ersetzt werden können, das eine Vorstellung erweckt, die der erwünschten wenigstens ähnlich ist. [2]) Die besondere Bedeutung dieses bereits bekannten Wortes wird sohin durch eine der in I. D. 4 angeführten Verfahrensarten klargestellt werden können.

5. Ebenso werden auch Verweisungen erspart werden können, und dies entweder durch eine veränderte Systematik (indem das mit

---

[2]) Über die Stellvertretung unbekannter Worte durch bekannte ähnliche Worte vergl. man Wach, Legislative Technik, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil Bd. VI, Berlin 1908 (im folgenden zit.: Wach, Legislative Technik), S. 24 ff. und Dickel, Über das neue bürgerliche Gesetzbuch für Montenegro, Berlin 1889 (im folgenden zit.: Dickel, Gesetzb. f. Montenegro), S. 37 ff.

Das im Text Gesagte gilt übrigens nicht nur für neue Worte, sondern auch für neue Wortverbindungen. Können solche an sich förmlich bedeutungslose Zeichen, die anderer gesetzlicher Bestimmungen als Assoziationsbrücken bedürfen, durch solche ersetzt werden, die auch ohne Assoziationsbrücken die gewünschte oder doch eine leicht korrigierbare Vorstellung erwecken, so muss von den an sich bedeutungsvollen Zeichen Gebrauch gemacht werden; Schablonen sind nur dann gerechtfertigt, wenn ein klares, eindeutiges und rasches Verständnis ohne ihre Verwendung ausgeschlossen ist. Man vergl. hierzu Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889 (im folgenden zit.: Gierke, Entwurf), S. 29 ff.

zwei oder mehreren verschiedenen Vorstellungen zu Verbindende von diesen zugleich ausgesagt wird [3]) oder durch eine Wiederholung. Die überflüssigen (bloss die Wirkungen der Expansivität wiederholenden) und daher irreleitenden (als Einschränkung der Expansivität nicht angeführter Aussprüche aufgefassten) Verweisungen haben natürlich vollkommen wegzufallen, was im Abschnitte III. A. seine Begründung findet. Die Wiederholung hat vor der Verweisung den Vorteil, dem Gesetzestechniker eine Kontrolle zu bieten, Zeit zu sparen und die Übersichtlichkeit nicht zu unterbrechen. Würde als Vorzug der Verweisung angeführt, dass das Gesetz durch sie gekürzt werde, so wäre dem entgegenzustellen, dass es sich dabei nur um eine rein körperliche Kürzung handeln könne, die nicht nur keine Kürzung, sondern sogar eine Verlängerung der geistigen Arbeit und daher einen Nachteil bedeute.

Die Wiederholung ist also der Verweisung vorzuziehen, womit die entsprechende Frage Zitelmanns, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1900 (im folgenden zitiert: D. J. Z. 1900), S. 331 beantwortet erscheint. [4])

---

[3]) An Stelle zahlloser Verweisungen stehen viele Bestimmungen der Gesetze in einem allgemeinen Teile, der hierdurch unentbehrlich wird. Ähnlich Kohler, Technik der Gesetzgebung, Archiv für die zivilistische Praxis, Jahrgang 1905 (im folgenden zit.: Kohler, Technik), S. 349 und 361; Bekker, System und Sprache des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin 1888 (im folgenden zit.: Bekker, System), S. 8; Wach, Legislative Technik, S. 9. Im Zusammenhange mit seinem Verlangen nach einer Ordnung der Aussprüche, welche im Gegensatz zu einer rechtswissenschaftlichen nur Gesichtspunkte des täglichen Rechtslebens berücksichtigt, erklärt sich Danz, Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht, Leipzig 1861 (im folgenden zit.: Danz, Codificationsformen), S. 58 ff. gegen den „allgemeinen Teil" der Gesetze, der „alle die Übelstände, die das ‚System' für das praktische Leben hervorbringt", erzeuge. Dem gegenüber ist hervorzuheben, dass ein Gesetz in Nichtjuristen nur eine beiläufige Rechtskenntnis erzeugen kann (I. D. 10, 11, 12) und dass gerade der Nichtjurist die Regeln des allgemeinen Teiles als die selbstverständlichsten meist in jenen des speziellen von selbst mitdenkt.

[4]) „Ein schwerer Fehler unseres B.G.B.'s ist sodann die übermässige Verweisungstechnik, die noch dadurch zu Unklarheiten führt, dass das Gesetz, auf das verwiesen wird, meist nicht ohne weiteres, sondern nur „entsprechend" in Anwendung kommen soll. Dadurch wird das Ganze im höchsten Masse verworren und unübersichtlich." (Kohler, Technik S. 354.) Ähnlich Gierke, Entwurf S. 66 ff., und Barazetti, Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des schweizerischen Civilgesetzbuches, Bern 1898 (im folgenden zit.: Barazetti, Vorentwurf), S. 16, „Verweise auf andere Bestimmungen des Gesetzbuches sind durchgängig" (? Art. 561 ?) „vermieden". (A. Egger, Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907,

6. Auch die Fiktion ist eine Art der Verweisung, die besser und deutlicher in eine Wiederholung aufgelöst werden kann.[5])

7. Eine Gruppe von Wortzeichen, welche auch in Mitgliedern der Menschengruppe A Vorstellungsassoziationen hervorruft, wurde nicht aufgestellt, weil bei dieser Menschengruppe, die vorwiegend aus Kindern, Geisteskranken und Sprachunkundigen besteht, die Bedingungen zur Auffassung eines sprachlichen Rechtskörpers überhaupt nicht gegeben sind. Es kann ihnen gegenüber von Rechtsverkörperungen nicht gesprochen werden, wenn auch trotzdem die Rechtsnormen auf sie Bezug haben können.

8. Ein Gesetz, das nur mit Wortzeichen der Gruppe b arbeitet, hat alle Möglichkeit, volkstümlich zu sein. Worte der Gruppe c und d werden die „Volkstümlichkeit" eines Gesetzes stören (hierüber vergl. man I. D. 7—12). Ein Gesetz, das vorwiegend aus Worten der Gruppen c und d besteht, kann nur als „gelehrtes" Gesetz bezeichnet werden, und seine Wirkung wird der Wirkung eines z. B. in lateinischer Sprache geschriebenen Gesetzes ziemlich gleichkommen. Als Reaktion auf das in lateinischen Büchern gesuchte Recht wurde ja auch immer ein nicht nur in der Volkssprache, sondern auch volkstümlich geschriebenes Gesetz verlangt.

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Jahrg. 1908 (im folgenden zit.: Egger, Arch. R. u. Wphil. 1908), S. 118. Auch Bekker, System S. 56, spricht sich gegen die Verweisungen aus. Ebenso Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903, Bd. 1 (im folgenden zit.: Endemann, Lehrb.), S. 19, Stooss, Der Geist der modernen Strafgesetzgebung, Wien 1896 (im folgenden zit.: Stooss, Geist d. m. Strggg.), S. 20 und Geny, Technique S. 1012, der die Seltenheit der Verweisungen im Code civil lobt.

Eine Vorschrift für Verweisungen gibt interessanterweise Leibnitz in § 98 der Ratio corporis juris reconcinnandi: „Si lex ad plures titulos referri potest, ponetur sub eo, ex quo pendet eius ratio decidendi. Sub altero tantum citabitur per verba initialia." Die Affinität der Aussprüche (III. B.) erspart die unzähligen hiernach notwendigen Verweisungen.

[5]) Gegen die Fiktionen spricht sich aus: Kohler, Technik S. 365 f., Gierke Entwurf S. 63 ff. und Geny, Technique S. 1012. Dass die Fiktionen mit den Verweisungen „nahe zusammenhängen", betont Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung, Dresden 1904, Gehestiftung (im folgenden zit.: Zitelmann, Kunst), S. 16. Man vergl. hierzu auch Ludwig Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, 1. Heft: Die formalen Mängel des Entwurfs, Leipzig 1889 (im folgenden zit.: Goldschmidt, Krit. Erörterungen), S. 44 ff.

B. Verhältnis zwischen Bedeutungsvorstellung und Begriff.

Untersucht man weiter die den Wortzeichen des § 1 B.G.B. entspringenden Wirkungen, so zeigt sich, dass die Zeichen „Die, des, Menschen, beginnt, mit, der, Vollendung, der, Geburt" bei allen Mitgliedern der Gruppe B ziemlich klare Vorstellungen hervorrufen, während das Zeichen „Rechtsfähigkeit" bei der Gruppe B weniger C nur mit einer ganz unklaren Vorstellung assoziiert ist.

Unter den Wortzeichen b, c, d, auf denen, wie oben erwähnt, jedes Gesetz letzten Endes fussen muss, gibt es solche, die klare, und solche, die nur unklare Vorstellungen hervorrufen. Die klaren Vorstellungen sind objektiv klar, d. h. sie sind innerhalb aller nur möglichen Vorstellungen nach Gleichheit und Unterschied bestimmt, oder sie sind subjektiv klar, d. h. der Vorstellende ist sich keiner Lücke in ihrer Vergleichbarkeit und Unterscheidbarkeit bewusst. Unter den unklaren Vorstellungen sind zu unterscheiden: objektiv unklare, d. s. solche, deren Vergleichbarkeit und Unterscheidbarkeit nicht hinsichtlich aller nur möglichen Vorstellungen vollkommen ist, und subjektiv unklare, d. s. solche, bei denen der Vorstellende einen solchen Mangel kennt oder zu kennen glaubt.

Aus den vier Paaren, die aus den eben erwähnten vier Gruppen zusammengestellt werden können, scheidet das Paar der subjektiv unklaren und objektiv klaren Vorstellungen als für die Menschengruppe B unbedeutend aus. Es bleiben also von Wichtigkeit nur die Paare der subjektiv und objektiv unklaren, der subjektiv klaren und objektiv unklaren, und der subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen. Die subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen haben am meisten Chance, in gleicher Weise reproduziert zu werden, weil bei ihnen durch die objektive Klarheit viele Änderungsursachen ausgeschlossen sind.

Die subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen werden nur selten in gleicher Weise reproduziert werden. Schon das sich an die subjektiv unklaren Vorstellungen knüpfende Missvergnügen — die darin liegenden Forschungsantriebe — wirken gegen eine gleiche Reproduktion. Zu „ausgeschliffenen Bahnen", dem reproduktionserleichternden Faktor, kommt es bei ihnen gar nicht.

Die subjektiv klaren und objektiv unklaren Vorstellungen teilen bezüglich der Reproduktion das Schicksal der subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen oder das der subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen, je nachdem sie im Bewusstsein des Vorstellenden mit

Vorstellungen zusammentreffen, mit denen sie bisher noch nicht vergleichbar und von denen sie bisher auch noch nicht unterscheidbar waren, oder nicht.

Ein Beispiel für subjektiv und objektiv klare Vorstellungen der Menschen der Gruppe B weniger C würde in dem oben angezogenen § die Zahl 1 erwecken, ein Beispiel für eine subjektiv klare und objektiv unklare Vorstellung das Wort „Mensch", und endlich ein Beispiel für subjektiv unklare und objektiv unklare Vorstellungen das Wort „Rechtsfähigkeit". Es gibt in den Gesetzen ausserordentlich wenig Wortzeichen, die subjektiv und objektiv klare Vorstellungen erwecken, dagegen sehr viele, die subjektiv klare und objektiv unklare Vorstellungen oder subjektiv und objektiv unklare Vorstellungen hervorrufen. Die verfügbare Menge von Wortzeichen, die mit subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen assoziiert sind, würde niemals dazu ausreichen, eine Kenntnis vom Recht zu vermitteln. Es müssen hierzu jedenfalls noch Wortzeichen herangezogen werden, die subjektiv klare und objektiv unklare und die subjektiv und objektiv unklare Vorstellungen herbeiführen. Nun will aber das Recht seinem logischen Charakter entsprechend gedacht, das heisst begrifflich erfasst werden (S. 64 ff.), und es fragt sich nun, inwieweit die gegebenen Arten von Vorstellungen eine ausreichende Basis für die Begriffsbildung liefern.

Vorstellungen, die subjektiv und objektiv klar sind und die immer in ganz gleicher Weise reproduziert werden, können durch das Hinzutreten eines einfachen Willensaktes des Vorstellenden mit gleichem Inhalt zu fest begrenzten und von allen andern Vorstellungen sicher unterscheidbaren Einheiten gleicher Bedeutung — zu Begriffen — umgeprägt werden. Die gleichsam nur formelle Tätigkeit des Menschen würde dazu genügen, die dem Reiche der Naturgesetze entstammten Vorstellungen dem Normenreiche zu unterwerfen und sie für die Wirkung der ewig gleichen Normen des Denkens tauglich zu machen. Die begriffliche Erfassung des Rechts begegnet auf Grundlage von Vorstellungen, die subjektiv und objektiv klar sind und die immer in gleicher Weise reproduziert werden, keinerlei Schwierigkeiten.

Anderes gilt von den Vorstellungen, die subjektiv klar und objektiv unklar sind. Sofern sie in ganz gleicher Weise reproduziert werden, glaubt der Vorstellende leicht zu einer Begriffsbildung gelangen zu können, der gebildete „Begriff" bleibt aber für ihn nur solange bestehen, bis die grundlegende Vorstellung sich in eine subjektiv unklare verwandelt.

Die subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen endlich können mit ihrem ganzen Inhalte nicht den Inhalt eines Begriffes abgeben, da ja der Begriff dieser Vorstellungen schon das Merkmal der Uneinordenbarkeit also auch der Un d e n k barkeit aufweist. Es können durch Hinweglassung oder durch hypothetische Ausfüllung des an ihnen Unklaren nur Begriffe gebildet werden, deren Inhalt dem Inhalt der Vorstellungen mehr oder weniger ähnlich ist. Der subjektive Eingriff in das bei ihnen naturgesetzlich Gegebene ist ausserordentlich gross.

Nun muss aber beim Bau von Gesetzen, wie schon oben bemerkt, sehr viel mit Vorstellungen gearbeitet werden, die entweder schon subjektiv und objektiv unklar sind, oder die es doch leicht werden können, und da erhellt nun, dass eine Kenntnis des Rechtes auf ihrer Grundlage nur insofern möglich wäre, als das Unklare an ihnen weggelassen (also aus dem Rechte ausgeschaltet), oder als es hypothetisch geklärt würde. Nimmt man an, dass die Vorstellung „Mensch“ in dem obzit. § 1 B.G.B. von der Vorstellung „Monstrum“ nicht sicher unterscheidbar wäre, so könnte einem solchen Monstrum die Rechtsfähigkeit hypothetisch zu- oder hypothetisch abgesprochen, es könnte aber auch definitiv erklärt werden, dass das Monstrum ausserhalb des Rechtes liege. Je nachdem das Recht nun wirklich diese dreierlei Möglichkeiten ausserrechtlicher Bestimmung überlassen will oder nicht, ist die Fassung des § 1 in diesem Sinne vollkommen oder unvollkommen.

Ist sie unvollkommen, so verlangt sie eine Ergänzung in einer der drei Richtungen, und zwar kann diese Ergänzung wieder durch subjektiv und objektiv klare (?), durch subjektiv klare und objektiv unklare oder durch subjektiv und objektiv unklare Vorstellungen geschehen. Für das Monstrum könnte eine Spezialbestimmung geschaffen werden. Dann freilich wäre die Abgrenzung zwischen Mensch und Monstrum und jene zwischen Monstrum und Tier zu gewinnen.

Unklare Vorstellungen können am raschesten und vollständig nur durch klare, sie können aber auch wenigstens unvollkommen durch weitere unklare Vorstellungen geklärt werden. Jedes Gesetz muss notwendig infolge der zu geringen Anzahl von verfügbaren subjektiv und objektiv klaren Vorstellungen manche Fälle subjektiver Bestimmung überlassen. Ein Gesetz entspricht dem Rechte, das es verkörpert, dann, wenn dieses Gebiet subjektiver Freiheit entweder in das rechtsfreie Gebiet oder in jenes Rechtsgebiet fällt, in dem die sachlichen Imperative

(S. 78 ff.) sich von ausserrechtlichen Faktoren abhängig machen.[6]) Wie gross das Gebiet der Zweifel oder doch der aufgeworfenen Fragen bei jedem Gesetze ist und sein muss, beweist das Bestehen der juristischen Literatur und insbesondere das der Kommentare. Dass anderseits im Rechtsgebiete auch auf schwankender Grundlage doch immer zur Bildung fester Begriffe vorgeschritten wird,[7]) beweist, daß jeder Zweifel in der Literatur gelöst und jede Frage daselbst beantwortet wird. Dass die in einem Gesetze gegebenen Ursachen allein dazu genügen könnten, in dem Rechtsuchenden feste Rechtsbegriffe zu erzeugen, war ein Irrtum, der insbesondere in der Blütezeit des Naturrechtes eine bedeutende Rolle spielte.[8]) Mit einem gewissen Mass von Klarheit der erzeugten Vorstellungen muss man sich begnügen.[9]) Näheres über die hier erörterten Fragen findet sich in dem Abschnitte I. D. und II.

---

[6]) Roguin, Observations sur la codification des lois civiles, Recueil publié de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne 1896 (im folgenden zit.: Roguin, Observations), S. 91, spricht von einer „soif de clarté", welche alle Völker im Gebiete des Rechtes haben. Wenn der Gesetzestechniker das erwähnte Gebiet subjektiver Freiheit aus Faulheit oder auf Grund falscher Voraussetzungen betreffend die Klarheit oder Selbstverständlichkeit seiner Äusserungen erweitert, wie Roguin a. a. O. S. 82 ff. ausführt, so entspricht er nicht seiner Aufgabe, die sohin die Gewohnheit übernehmen muss. Hier wird dann richtig von Lücken in der Arbeit des Gesetzestechnikers gesprochen (m. E. fälschlich auch von Lücken im Gesetze S. 74 ff.), die dieser zu vermeiden hat. Man vergl. hierzu Wach, Legislative Technik S. 6 f.

[7]) „Begriffe sind die eigentümlichste und wesentlichste Form des Rechts, so sehr dass kein Recht ohne sie gedacht werden kann." (Arnold, Kultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 314.)

[8]) Dieser Irrtum veranlasst wohl auch Zitelmann (D. J. Z. 1900, S. 331) zu der Fragestellung: „Wie weit soll ein Gesetzbuch Begriffsbestimmungen geben?", die m. E. richtig dahin lauten müsste: „Was soll der Gesetzgeber tun, um eine möglichst übereinstimmende Begriffsbildung zu ermöglichen?" (Hierüber vergl. man I. D.) Der gleiche Irrtum unterliegt auch Bekkers Untersuchungen über den Raum, den „Definitionen" im Gesetze einnehmen sollen (System S. 21). So verlangt auch v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, Berlin 1905 (zit. v. Liszt, Aufsätze II), S. 424, vom Gesetze „die Aufstellung klarer und einfacher Begriffe", statt die Erzeugung möglichst klarer Vorstellungen. Man vergl. hierzu die zahlreichen Zitate in Anm. 17.

[9]) Fast jeder Schriftsteller, der irgend eine gesetzestechnische Betrachtung anstellt, verlangt vom Gesetze „Klarheit". Eine Kenntnis der unüberschreitbaren Schranken, die sich diesem Verlangen entgegenstellen, findet sich nur selten. Man vergl. diesbezüglich Anm. 28. Die folgenden Zitate machen natürlich nicht Anspruch auf Vollständigkeit: Laband, Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. 1897 (im folgenden zit.: Laband,

C. Verschiedenheit der Wortzeichen.

1. Im allgemeinen rufen gleiche Wortzeichen gleiche, verschiedene Wortzeichen aber verschiedene Vorstellungen hervor. Geht man ein ganzes Gesetz im Hinblick auf diese Erscheinung durch, so wird sich zeigen, dass zu öfteren Malen gleiche Wortzeichen verschiedene

---

D. J. Z. 1897), S. 132, lobt ebenso wie Barazetti, Vorentwurf S. 15, „die Klarheit, Einfachheit und Verständlichkeit der Sprache", womit wohl vorwiegend die Erzeugung klarer Vorstellungen gemeint ist, da die „Kraft und Kürze der Sätze" noch besonders hervorgehoben wird. Bekker fordert (System S. 3) „grösstmögliche Klarheit des Ausdruckes, deren notwendige Voraussetzung freilich eine ebensolche Klarheit des Gedankens ist". Richtig sollte diese Forderung nach Ausdrücken gehen, die klare Vorstellungen erwecken. Endemann (Lehrb. S. 19) fordert „Verständlichkeit", Geny, Technique S. 996, précision und clarté. Wach, Legislative Technik S. 3, bezeichnet die „Klarheit" als „elementare Anforderung der Technik". Klarheit wird verlangt von v. Liszt, Aufsätze II, S. 103 und 424 und Günther, Recht und Sprache, Berlin 1898 (im folgenden zit.: Günther, Recht u. Spr.), S. 21. Von früheren Autoren, die Klarheit der Gesetze verlangen, sei genannt: Baco (Exemplum tractatus de justitia universali, sive de Fontibus juris, Aphor. 8): „Legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec justa esse possit. Si enim incertam Vocem det tuba, quis se parabit ad bellum? Similiter si incertam vocem det Lex, quis se parabit ad parendum?" A. a. O. Aphor. 52 wendet sich Baco gegen die descriptio minus perspicua et dilucida der Gesetze. Für Klarheit tritt er überdies noch öfter ein (The Works of, London 1740, Vol. IV, S. 3 und 84). Klarheit verlangt Conring, De origine juris, Helmstedt 1649, Kap. 34, S. 210; Leibnitz (man vergl. Baron Franz Hotmanns Antitribonian, Festschrift für die Bonner Universität, Bern 1888 (zit.: Baron F. H. Antitribonian), S. XXVIII, XXIX); Montesquieu, Esprit des Lois (zit.: Montesquieu, Esprit), livre XXIX, chap. XVI; Beccaria, Dei delitti e delle pene, Harlem 1766 (zit.: Beccaria, Dei delitti), S. 152; Friedrich der Große, Cabinetsordre vom 14. 4. 1780 (man vergl. Baron F. H. Antitribonian, S. XLII); Globig und Huster, Abhandlung von der Criminalgesetzgebung, Zürich 1783 (zit.: Globig Huster, Abh.), S. 34 f.; Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes, Giessen 1804 (zit.: Feuerbach, Kritik), S. 20; Bentham, Grundsätze der Civil- und Kriminalgesetzgebung, herausgegeben von Dumont-Beneke, Berlin 1830 (zit.: Bentham, Grundsätze), S. 221; Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814 (zit.: Thibaut, Notwendigkeit), S. 13; Mittermaier, Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung, Heidelberg 1841 (zit.: Mittermaier, Strggg.) an verschiedenen Stellen z. B. S. IV; Weiske, Rechtslexikon, IV. Bd., Leipzig 1844, S. 762; Kitka, Über das Verfahren bei Abfassung der Gesetzbücher, Wien 1841 (zit.: Kitka, Verfahren), S. VI u. 8; Geib, Die Reform des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848 (zit.: Geib, Reform), S. 180; Mohl, Politik I, S. 441; Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik, Leipzig 1868 (zit.: Trendelenburg, Naturr.), S. 168.

Vorstellungen, verschiedene Wortzeichen aber gleiche Vorstellungen erzeugen. Die Ursache dieser Erscheinungen muss natürlich ausserhalb der fraglichen Wortzeichen liegen. Sie kann entweder in anderen Wortzeichen des Gesetzes, sie kann aber auch in Bewusstseinsinhalten gefunden werden, die mit dem Gesetze nichts zu tun haben.

2. Um letztere vorwegzunehmen, so sei hier nur betont, dass es keinem Gesetze gelingen kann, sie völlig auszuschalten. Hierüber handelt Abschnitt I. D.

3. Diejenigen verschiedenen, an dasselbe Wortzeichen anknüpfenden Assoziationen, die ihre Unterschiedlichkeit anderen Wortzeichen des Gesetzes verdanken, können dadurch bedingt sein, dass zwei verschiedenen Vorstellungen in der Sprache tatsächlich nur ein Wortzeichen entspricht. Als Beispiel genügt das Wortzeichen „der" in seinen verschiedenen Bedeutungen. Die Verwendung desselben Wortzeichens für verschiedene Vorstellungen ist in solchen Fällen der Not natürlich gerechtfertigt. Dass diesen Zeichen immer noch andere beigefügt werden müssen, aus denen ihre jeweilige Bedeutung erhellen kann, sei als selbstverständlich nicht näher ausgeführt.

4. Es kommt aber in Gesetzen auch vor, dass dasselbe Wortzeichen als Erreger verschiedener Vorstellungen verwendet wird, obwohl die Armut der Sprache dazu nicht zwingen würde. Auch hier sind noch andere Wortzeichen dazu notwendig, jeweils eine, nicht aber eine andere dieser Vorstellungen hervorzurufen. Solange solche andere Wortzeichen in genügend klarer Weise Verwendung finden, kann man zwar eine überflüssige Komplizierung der intellektuellen Tätigkeit der Ausleger konstatieren, wenn aber die genannten Stützen wegfallen und das Wortzeichen nun doppeldeutig bleibt, so treten dieselben Erscheinungen auf, die bei den subjektiv und objektiv unklaren Vorstellungen bereits besprochen wurden.

5. Zur Bezeichnung derselben Vorstellung mit verschiedenen Worten kann niemals ein Zwang bestehen. Es herrscht wohl die Meinung, dass es unschön sei, wenn in naher Aufeinanderfolge dieselben Worte sich wiederholen. Es besteht aber für die Ausdruckskunst immer der oberste Grundsatz, es müsse der Ausdruck dem Auszudrückenden möglichst gut entsprechen; Synonima können sich schon ihres verschiedenen Klanges halber in ihrer Wirkung niemals ganz vertreten. Übrigens müsste eine solche ästhetische Erwägung dort schweigen, wo es sich

um den Zweck der Rechtsverkörperung, nicht aber um den der Herbeiführung von Lust an schönem Ausdrucke handelt.[10])

6. Bei Verwendung verschiedener Zeichen als Erreger der gleichen Vorstellung ist also die erste Frage jedenfalls die, ob verschiedene Zeichen wirklich dazu taugen, genau das gleiche Bild zu erwecken. Es scheint mir nun, dass dies keinesfalls zu bejahen ist. Die gleichzeitig vorhandenen Bewusstseinsvorgänge beeinflussen sich gegenseitig und dies selbst dann, wenn sie ganz disparater Natur sind. Gesetzt den Fall, es sei mit einem Wortzeichen eine subjektiv und objektiv klare Vorstellung verbunden, so erhält diese Vorstellung eine starke Neigung, neue Zusammenhänge zu suchen, sobald sie durch ein dem Gesichte ungewohntes Zeichen ausgedrückt wird. [11]) Diese Tatsache wird im Annoncenwesen mannigfach ausgeschrotet. Auf ihr beruht die Möglichkeit, Einteilungen eines Buches z. B. durch Nebeneinanderstellen von grossen, kleinen, lateinischen und griechischen Buchstaben ohne weitere Hinweise als Einteilungen verschiedener Kategorien darzutun. Sie gründet den Gebrauch fetter, gesperrter und Kursivschrift. Um wie viel grösser aber als bei dem bisher Angeführten ist die Unterschiedlichkeit bei ganz verschiedenem Bild u n d ganz verschiedenem Klang eines Wortes! Selbst wenn ein Rechtssatz klar geworden und ihm ein ebenso klarer zweiter Rechtssatz gegenüber gestellt worden ist, in dem ein auch im ersten vorkommender Begriff durch einen anderen Ausdruck wiedergegeben ist, selbst in diesem selten günstigen Falle gewinnt die sachliche Frage ihre Berechtigung: warum ist der a n s c h e i n e n d gleiche Begriff verschieden ausgedrückt? Wie viel gründliche Studien sind dazu notwendig, um einen Rechtslehrer zur Behauptung zu veranlassen, dass mit zwei verschiedenen Worten dieselbe Bedeutung ausgedrückt worden ist, und wie selbstverständlich erscheint die Einführung der gleichen Bedeutung bei demselben Wortzeichen!

---

[10]) „Die Ästhetik und Brauchbarkeit der Rechtssprache besteht nicht in der reizvollen Mannigfaltigkeit, sondern in der Festigkeit, Einfachheit und Klarheit.“ (W a c h , Legislative Technik S. 27.) Ähnlich G ü n t h e r , Recht u. Spr., S. 21 und G e i b , Reform, S. 180.

[11]) „Auch der Druck der einzelnen Wörter und Sätze in dem Kodex mit grösseren Buchstaben ist nicht zu billigen; denn da vorausgesetzt wird, dass in dem Gesetze nichts Überflüssiges erscheint, so wird durch den grösseren Druck die Aufmerksamkeit vorzüglich nur auf diesen gelenkt, und in Beziehung auf den übrigen ..... Text tritt diese Aufmerksamkeit mehr in den Hintergrund.“ K i t k a , Verfahren, S. 62 Anm. 2.

Die hier angeführten Beobachtungen rechtfertigen wohl die Aufstellung des Satzes, daß subjektiv klare Vorstellungen bei Verwendung verschiedener Zeichen zu subjektiv unklaren Vorstellungen werden, deren Charakteristikum ja eben darin besteht, dass der Vorstellende sich der Existenz von Zusammenhängen seiner Vorstellung mit anderen Vorstellungen bewusst wird, ohne diese Zusammenhänge selbst zu kennen.

7. Das Erfordernis gleicher Zeichen für gleiche Bedeutungen ist wohl das allgemeinst ausgesprochene der modernen Gesetzestechnik. Es werde auch hier vollinhaltlich aufgenommen. Bezüglich des Erfordernisses womöglich verschiedener Zeichen für verschiedene Vorstellungen muss der Fall unterschieden werden, in dem gleiche Wortzeichen durch den Einfluss beigegebener anderer Wortzeichen verschiedene klare Vorstellungen erwecken, und jener, in dem durch ungenügenden Gebrauch solcher anderer Wortzeichen die Bedeutung der fraglichen Zeichen unbestimmt bleibt. Der letztere Fall ist von dem Gesetzestechniker unbedingt zu vermeiden, der erstere aber ist von ihm im Interesse der Kürze des Gesetzes (V. A.) dann zu vermeiden, wenn ein anderes verfügbares Wortzeichen die erwünschte Vorstellung ebenso klar erwecken würde als die mehreren verwendeten.[12])

D. Verschiedenheit der Vorstellenden.

1. Nachdem unter den für die Gesetzestechnik wichtigen Erscheinungen von den Wortzeichen der Gesetze zu den von ihnen hervorgerufenen Vorstellungen, von diesen aber zu den für das Recht erheblichen Begriffen fortgeschritten, nachdem endlich die verschiedene Wirkung verschiedener Wortzeichen berührt wurde, ist auf die Ver-

---

[12]) „Die Gesetzessprache hat jeden Luxus zu meiden: jeder Ausdruck soll nur eine Bedeutung, jeder Begriff nur ein Zeichen haben. Abweichungen von diesen Regeln ziehen allemal" (?) „Unklarheit nach sich." Bekker, System S. 36. Gleiches sagt Kohler, Technik S. 358, und Zitelmann, Kunst S. 16. Geny, Technique S. 1037, verlangt „la fixité et la précision de la terminologie". (Man vergl. auch S. 1027.) Ähnlich Roguin, Observations S. 130 ff.; Wach, Legislative Technik S. 22 f. und 27; Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83. Aber „.... nicht darauf kommt es an, dass ein Wort stets in gleichem Sinne angewendet werde, sondern darauf, dass klar sei, in welchem Sinne es verwendet werde". Mit diesen Worten trifft Wach, Legislative Technik S. 28, das Wesentliche des Erfordernisses der Klarheit der erweckten Vorstellungen. Unter den früheren Autoren findet man das Verlangen nach Gleichförmigkeit des Sprachgebrauches bei Kitka, Verfahren S. 109; Mittermaier, Strafggg. S. IV und Mohl, Politik I S. 441 f. . .

schiedenheit der vorstellenden Menschen als Ursache gesetzestechnisch erheblicher Wirkungen näher einzugehen. Dass ohne vorstellende Menschen von einer sprachlichen Rechtsverkörperung nicht die Rede sein kann, wurde schon oben unter A. erwähnt. Die Vorstellungen der Menschen wurden da als notwendige Mittel der Gesetzestechnik dargetan. Nun tritt aber die Frage nach der Art des Menschenkreises auf, dessen Vorstellungen als notwendige Mittel der Gesetzestechnik in Betracht kommen, und die weitere Frage, inwieweit innerhalb dieses Menschenkreises die Verschiedenheit der vorstellenden Menschen für die Gesetzestechnik von Bedeutung ist.

Die an Gesetze sich anschliessende juristische Literatur weist eine unübersehbare Menge von Streitfragen auf, die dem einen oder dem anderen Wortzeichen des Gesetzes ihre Entstehung verdanken. Diese Streitfragen werden von den einzelnen Autoren oft in verschiedener Weise dadurch gelöst, dass andere Wortzeichen des Gesetzes für eine bestimmte Bedeutung des fraglichen Wortzeichens als Zeugen geführt werden. Auch die auf Gesetzen beruhenden Entscheidungen von Behörden bringen oftmals den Beweis dafür, dass dieses oder jenes Wortzeichen von verschiedenen Funktionären im Hinblick auf andere Wortzeichen von Gesetzen verschieden gedeutet wird. Die Einrichtung des Instanzenzuges nimmt auf diese Meinungsverschiedenheiten mindestens ebensoviel Rücksicht als auf die Differenzen, die hinsichtlich der Beweisfrage entstehen.

Aus diesen Beobachtungen erhellt, dass dieselben Wortzeichen bei verschiedenen Menschen häufig mit verschiedenen Vorstellungen verbunden sind. Der Grund dieser Erscheinungen, welche hinsichtlich fast aller Wortzeichen auftreten, liegt in der verschiedenen Beschaffenheit der Menschen, und, da diese eine durchgängige ist, wird man mit Recht annehmen können, dass auch die Verschiedenheit der in den Menschen durch die fraglichen Wortzeichen hervorgerufenen Vorstellungen eine durchgängige ist, sofern eben die verschiedene Beschaffenheit der Menschen jeweils mitwirkt. (W e n d t, Sprache S. 525.)

2. Diese Tatsache würde die sprachliche Verkörperung des Rechtes ebensowohl unmöglich machen als die Sprache überhaupt, wenn ihr nicht relativ enge und für verschiedene Worte verschiedene Grenzen gesetzt wären. Im Gebiete des oben Besprochenen verweilend kann man konstatieren, dass eben die Offenbarung der Meinungsverschiedenheiten selbst wieder durch Worte geschieht. Am deutlichsten — am krassesten — aber scheint eine Meinungsverschiedenheit in der bei den

Juristen so beliebten deductio ad absurdum ausdrückbar zu sein — in Worten, die sich den im täglichen Leben greifbaren konkreten Geschehnissen am engsten anschmiegen. Die Beobachtung, dass die den konkreten Lebenserscheinungen nächststehenden Worte in verschiedenen Menschen die ähnlichsten Vorstellungen hervorrufen, lässt sich auch durch die Tatsache bestätigen, dass jeglicher Streit weniger anschaulich und auch weniger heftig wird, wenn man ihn auf seine Prinzipien zurückführt. Für dieselbe Beobachtung spricht auch die häufige Verwendung von Beispielen in juristischen Werken und in Gesetzen. Würde man aber bei der Beobachtung stehen bleiben, dass Worte, die dem Gebiete der Empfindungen am nächsten stehen, die grösste Gleichheit der in verschiedenen Menschen durch sie hervorgerufenen Vorstellungen aufweisen, so würde man meines Erachtens darauf vergessen, dass sich um manche Wortzeichen, deren Sinn von dem Gebiete der Empfindung ausserordentlich weit abliegt, in Hinsicht auf ihre Bedeutung fast nie ein Streit abspielt (Zahlen). Ich erinnere an die Produkte höchster Abstraktion, die es mit dem blossen Inbeziehungsetzen der merkmalsreicheren Vorstellungen zu tun haben, und die in fast jedem Satze durch Worte verkörpert werden. (Artikel, Präpositionen.)

Speziell im Hinblick auf letztere Beobachtung will ich im Gegensatze zu der Aufstellung, dass diejenigen Worte meist übereinstimmende Vorstellungen erwecken, die dem Gebiete der Empfindungen am nächsten stehen, zur Regel gelangen, dass die innerhalb eines Personenkreises meist verwendeten Worte die meist übereinstimmenden Vorstellungen erwecken.[13]) (Es dürfte übrigens auch in dieser Aufstellung enthalten sein, dass Worte mit konkreteren Bedeutungen in der erwähnten Hinsicht im ganzen und grossen Worten mit abstrakteren Bedeutungen voranstehen.) Die häufige Verwendung dieser Worte durch denkende Menschen spricht dafür, dass sie sich als taugliche Verständigungsmittel innerhalb der fraglichen Gruppe erwiesen haben.

Dass sich hierbei, je nach Bestimmung des Personenkreises, verschiedene Worte als bevorzugt erweisen, dürfte schlüssig sein.

Aus dem phänomenologischen Satze, dass die innerhalb eines bestimmten Personenkreises meist verwendeten Worte die bei den Mit-

---

[13]) Es dürfte sich praktisch in dieser Aufstellung kein Gegensatz zu den Ausführungen Gierkes, Entwurf S. 35 f., herausstellen. (Man vergl. dort S. 58.) Man vergl. auch Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 42. Dagegen wohl Dickel, Gesb. f. Montenegro, S. 45 f.

gliedern dieses Kreises meist übereinstimmenden Vorstellungen erwecken, folgt die gesetzestechnische Lehre, es werde das Recht möglichst (d. h. sofern es eben mit diesen „meist übereinstimmenden Vorstellungen" arbeiten kann) durch jene Worte verkörpert, die innerhalb des Personenkreises, von dem das Recht gedacht werden soll, die gebräuchlichsten sind.[14] [15])

3. Dieser Lehrsatz enthält deshalb das Wort „möglichst", weil ja der auszudrückende Inhalt zur Verwendung von Worten drängt, die eventuell in dem fraglichen Personenkreise wenig gebräuchlich sind. Das schliesst aber eine Verständigung innerhalb dieses Kreises noch lange nicht aus. Genau so wie bei Verwendung desselben Wortzeichens zur Erweckung verschiedener Vorstellungen die Bestimmung, welche Vorstellung jeweils die gemeinte ist, anderen Wortzeichen überlassen bleibt, genau so wird auch in dem Falle, in dem ein wenig gebräuchliches Wort gebraucht werden muss, die durch es erweckte Vorstellung durch andere, und zwar am raschesten und besten durch gebräuchlichere Worte korrigiert werden können.

4. Die nähere Ausführung einer durch ein wenig gebräuchliches Wortzeichen erweckten Vorstellung durch Vorstellungen, die anderen Wortzeichen ihre Entstehung verdanken, kann nach zwei Richtungen hin geschehen. Es kann zu inhaltsärmeren Vorstellungen aufgestiegen, es kann aber auch zu inhaltsreicheren Vorstellungen herabgestiegen werden. Im ersteren Falle werden einzelne Merkmale der fraglichen Vorstellung gegeben, im letzteren Falle werden aber sämtliche Merkmale der fraglichen Vorstellung in anderen, ihr untergeordneten Vorstellungen wiederholt, im ersteren Falle wird der Inhalt der fraglichen Vorstellung

---

[14]) Eindeutigkeit verlangt schon Thomas Morus, Utopia (Reclam S. 115). Mehrdeutigkeit bekämpft Baco als descriptio ambigua (exemplum tractatus de justitia universali sive de fontibus juris Aphor. 52). Für Eindeutigkeit treten ein: Conring, de origine juris S. 208 f.; Montesquieu, Esprit livre XXIV chap XVI; Friedrich der Grosse, Cabinetsordre vom 14. 4. 1780 (Baron F. H. Antitribonian S. XLII). Eindeutigkeit der Worte lobt Gierke, Entwurf S. 28. Er macht aber darauf aufmerksam (S. 29—30), dass ein Erstreben von Eindeutigkeit durch umständliche Mittel die Eindeutigkeit selbst wieder gefährde.

[15]) Gebräuchliche Lehnwörter scheinen mir vor ungebräuchlichen Worten der eigenen Sprache den Vorzug zu verdienen. So auch Bekker, System S. 58. Nicht im Wesen, wohl aber im einzelnen dagegen Gierke, Entwurf S. 37. Über die Fremdwörterfrage vergl. man die umfassenden Angaben bei Günther, Recht u. Spr. S. 26 ff. und im Sinne des Textes S. 33.

aufgehellt, im letzteren der Umfang derselben. Den §§ 52 und 53 des deutschen Strafgesetzbuches seien nachfolgende Beispiele entnommen: Im Absatz 1 des § 53 findet sich das Wortzeichen Nothwehr, das nach dem Glauben der Gesetzesredaktoren nicht im stande ist, eine Vorstellung zu erwecken, die als Unterlage für die Bildung eines bei verschiedenen Menschen übereinstimmenden Begriffes ausreicht. Absatz 2 desselben Paragraphen trachtet nun durch Zerlegung der Vorstellung der Notwehr in inhaltsärmere Bestandteile den Mangel zu beseitigen: „Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden".

Absatz 1 des § 52 enthält das Wortzeichen „Angehörige". Im zweiten Absatze werden zur Verdeutlichung jene inhaltsreichen Vorstellungen angeführt, die der zu erweckenden Vorstellung „Angehörige" untergeordnet sind: „Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflegeeltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte".

Wenn auch die strafrechtliche Literatur mehr Streit um den Begriff der Notwehr als um jenen der Angehörigen kennt, so kann deswegen noch keiner der erwähnten zwei Verfahrensweisen vor der anderen der Vorzug gegeben werden. Gegen eine solche Bevorzugung spricht die Tatsache, dass sowohl die Tatbestands- als auch die Rechtsfolgebezeichnungen in den Gesetzen beliebig als Angaben der Merkmale einer inhaltreicheren oder als Angaben von Spezies inhaltsärmerer Vorstellungen angesehen werden können. Sobald eine Rechtsverkörperung mehr als je ein Wortzeichen für Tatbestände und mehr als je ein Wortzeichen für Rechtsfolgen verwendet, kann es sich nur um Erweckung inhaltsärmerer oder inhaltsreicherer Vorstellungen handeln, und je nachdem man sich auf den Standpunkt der übergeordneten oder auf jenen der untergeordneten Vorstellung stellt, kann man die erweckten Vorstellungen als Merkmale oder als Spezies ansehen. Auch die Betrachtung der beiden erwähnten Verfahrensarten vom Standpunkte der Logik ergibt keinen Anhaltspunkt zur Bevorzugung der einen oder der anderen. Die Logik hat es immer nur mit Begriffen zu tun, die Gesetzestechnik aber kann es gar nie auf die Verursachung der Entstehung von Begriffen abstellen, zu deren Zustandekommen doch immer ein Willensakt desjenigen notwendig ist, der den Begriff zu bilden hat, sondern sie hat es immer nur mit der Verursachung der Entstehung von Vorstellungen zu tun, die für eine

übereinstimmende Begriffsbildung ein taugliches Substrat abgeben. Die Angabe des Begriffsinhaltes, des Begriffsumfanges, scheidet für die Gesetzestechnik völlig und prinzipiell aus.[16])

Für die Entscheidung der grösseren Güte der Angabe von Merkmalen oder von Spezies einer Vorstellung, die klarzustellen oder eindeutig zu machen ist, ist es nur wichtig zu wissen, ob die Merkmale oder die Speziesvorstellungen — die abstrakteren oder die konkreteren Vorstellungen — leichter bei verschiedenen Menschen eindeutig und klar zu erwecken sind. Von Anfang an spricht hier wohl eine kleine Wahrscheinlichkeit für die konkreteren Vorstellungen — massgebend bleibt aber immer die grössere oder geringere Gebräuchlichkeit innerhalb desjenigen Personenkreises, zu dem gesprochen wird.[17])

---

[16]) In diesem Sinne ist es unbedingt richtig, dass „Definitionen aufzustellen ... nicht Sache des Gesetzgebers ist". Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Arch. f. d. civil. Praxis, Jahrg. 1886, 69 Bd., S. 314; Żródłowski, Codificationsfragen ... Prag 1888, S 4.

[17]) Damit erscheint mir Zitelmanns Frage (D. J. Z. 1900 S. 331): „Wie weit soll ein Gesetzbuch Begriffsbestimmungen geben?", sofern man sie auf den m. E. wesentlichen Kern bringt (hierüber vergl. man I. B. Anm. 8), beantwortet. Gleiches gilt von Bekkers Fragestellung über die Notwendigkeit von Definitionen im Gesetze (System S. 21). Bekkers Entscheidung, dass eine Definition nötig sei für „alle minder bekannten und darum missdeutlichen Tatbestandsnamen" sowie für die Rechtsfolgenamen, deren „Bedeutungen noch nicht ausser Zweifel stehen", bildet, sofern man sie in das hier massgebende Gebiet der Psychologie überträgt, den Ausgangspunkt, die Voraussetzung der hiesigen Untersuchung (I. D.). Bekkers Forderungen billigt Gierke, Entwurf S. 56. Genys (Technique S. 1037 IV) unbestimmte Worte stehen wohl auf dem Standpunkte des Textes. Roguin (Observations S. 128) glaubt ein mit Gesetzeskraft versehenes juristisches Wörterbuch empfehlen zu müssen. Er vergisst, dass letzten Endes auch dieses Wörterbuch sich auf die Klarheit und Eindeutigkeit der von ihm verwendeten aufklärenden Worte verlassen muss, und dass es besser ist, womöglich von Anfang an diese Worte zum Aufbau von Gesetzen zu verwenden und ihre Bedeutungen durch die Zusammenhänge zu stützen. Wach (Legislative Technik S. 28—31) spricht sich für eine ziemlich reiche Verwendung der „Definition" aus, zu der er bezeichnenderweise „Partialdefinitionen" als Ausdruck der vom Gesetzgeber gewollten Ausdehnung oder Einschränkung der Vulgärbedeutung, und die „nicht exklusive Definition", in der unter Vorbehalt nachweisbar abweichenden Wortsinnes nur der Normalbegriff aufgestellt wird, rechnet. Es hätte Wach auffallen müssen, dass es sich für die Gesetzestechnik nicht um Begriffsbestimmungen, sondern um die naturgesetzliche Erweckung von Vorstellungen eindeutig bestimmten Inhaltes handle. Dann hätte sich von selbst als Fall notwendiger „Klärung" die Unklarheit und Mehrdeutigkeit — als Grenze derselben die nötige Klarheit und Eindeutigkeit — als Mittel dazu aber nicht die

5. Bevor in die Frage eingegangen wird, in welchem Personenkreis übereinstimmende Vorstellungen erweckt werden müssen, damit eine Rechtsverkörperung zustande kommt, muss vorerst noch eine andere Frage gelöst werden: In dem Bisherigen ist konstatiert worden, dass ein Gesetz, das ungebräuchliche Wortzeichen verwendet, zu deren einstimmiger Aufklärung immer anderer Wortzeichen bedarf. Warum werden dann überhaupt die ungebräuchlichen und in ihren Wirkungen zu korrigierenden eingeführt?

Da ist nun zu unterscheiden, ob das fragliche Wortzeichen bei Erweckung der erwünschten Vorstellung vermisst werden kann oder nicht. Im ersteren Falle tritt das ungebräuchliche Wortzeichen förmlich als Stellvertreter anderer Wortzeichen auf, und die Begründung seines

---

Definition, sondern der Zusammenhang mit möglichst klaren und gebräuchlichen Wortvorstellungen ergeben. Die meines Erachtens irrige Ansicht ist vielleicht am schärfsten formuliert von Trendelenburg (Naturr. S. 168): „Die richtigen Definitionen sind die logischen Hüter aller Rechtssicherheit, die Grenzwächter der Rechtsbestimmungen“. Gegen diese irrige Ansicht hat schon Danz, Codificationsformen S. 66ff., richtig ausgeführt, dass wirkliche Definitionen in einem Gesetze etwas Fremdes seien und dass sie darin überhaupt keinen Platz haben. Ausgezeichnet scheint mir die Formulierung Haenels, Das Gesetz in formellem und materiellem Sinne, Leipzig 1888 (zit.: Haenel, Gesetz), S. 163: Der Gesetzgeber „ist genötigt, die Vorstellungen begrifflich zu präzisieren und logisch zu entwickeln, welche den Inhalt seines Willens bilden, um diejenigen Vorstellungen“ (!) „zu erwecken, welche den Inhalt des Willens derer, die es angeht, bilden sollen, um diejenigen logischen Operationen zu ermöglichen und tunlichst zu erleichtern“ (!) „welche er, der Gesetzgeber, den Gesetzesuntertanen .... zumutet.“ Dagegen scheint mir Haenels Ausführung (S. 163) falsch. Stooss, Geist d. m. Stggg. S. 21, steht wohl auf dem Standpunkte des Textes: „Definitionen sind überall zu vermeiden, wo sie nur einem doktrinellen Bedürfnisse dienen.“ In sehr beachtenswerter Weise macht Mittermaier, Entwurf des Strafgesetzbuches für den Canton Genève, Krit. Zeitschrift f. Rechtwiss. und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. II, 1830, S. 176, 177, darauf aufmerksam, dass Definitionen dort, wo „aus der grossen Quelle der Natur der Sache, des eingeborenen Gefühls des Volkes und des allgemeinen Sprachgebrauches“ geschöpft werde, „die Definition... die Sache nicht bloss klarer“ mache, sondern vielmehr verwirre. „Die sogenannten Definitionen“ (S. 179) seien aber u. a. nötig, „wo der gemeine Sprachgebrauch keinen bestimmten Ausdruck hat.“ Weiske, Rechtslexikon, IV. Bd. S. 765, gestattet dem Gesetzgeber Definitionen dort, wo er erklären muss, was er meint. Ganz im Sinne des Textes sagt H. Gross, Gesammelte kriminalistische Aufsätze, Leipzig 1902 (zit.: Gross, Aufsätze), S. 3: „Wenn ein Begriff im Volke verschiedenen Auffassungen begegnet, so muss der Gesetzgeber erklären, welche derselben er zu der seinen macht“. (Man vergl. auch dort S. 4.)

Eingreifens kann nur in der Misslichkeit des Eingreifens der vertretenen Worte liegen. So steht es in dem eben angeführten, aus § 52 R.St.G.B. entlehnten Beispiele. Die fragliche Vorstellung soll im Gesetze öfter erweckt werden. Soll sie sich nur auf gebräuchliche Worte stützen, so sind deren mehrere nötig. Es wird da vorgezogen, ein eigenes Zeichen einzuführen. Die Verwendung der Worte „Nothwehr“ in § 53 R.St.G.B. oder z. B. der Worte „Diebstahls“, „Unterschlagung“, „Raubes“ und „Erpressung“ in den §§ 242, 246, 249, und 254 R.St.G.B. scheint den gleichen Grund zu haben.

Der viel häufigere Grund der Verwendung von Wortzeichen, die durch ihre Gebräuchlichkeit keine Gewähr für die Erweckung übereinstimmender Vorstellungen bieten, liegt in deren Unvermeidlichkeit, d. h. in dem Mangel besserer Worte. Sind doch oft Abhandlungen notwendig, um die Bedeutung eines solchen Wortes halbwegs klarzustellen. Auch nach Durcharbeitung aller Beziehungen, in denen so ein Wort steht, auch nach Durchdenkung des ganzen Gesetzes bleiben da oft Streitfragen. Das gilt auch für die Juristen, die Menschengruppe D, obwohl eben für diese die Zeichen für rechtlich relevante Vorstellungen zu den relativ gebräuchlichsten gehören.

6. Bleibt man übrigens bei der Konstatierung stehen, dass die Aufnahme eines Gesetzes in seinem Zusammenhange die notwendige Voraussetzung der Erfassung des Rechtes ist — der Bildung der rechtlich relevanten Begriffe — so wird dadurch auch gleich der Personenkreis bezeichnet, von dem ein Gesetz verstanden zu werden erhoffen kann.[18]) Nur die Mitglieder der Menschengruppe C, die genügend Zeit auf das Studium von Gesetzen verwenden können, praktisch also wohl nur Juristen, kommen für die Rechtskenntnis in Betracht.[19]) Dieser Erfahrung wird vom heutigen Rechte trotz der zahlreichen Bestrebungen, Laien zur Rechtsprechung heranzuziehen, doch durch das Prinzip Rechnung getragen, dass in letzter Instanz Fachgelehrte über Rechtsfragen zu entscheiden haben.

Für die Geltung — also für die Existenz — des Rechts ist auch nur die Bewährung der Normen höchster Ordnung unbedingt erforderlich,

---

[18]) „So hat insbesondere der Gesetzgeber von vornherein sich klar zu machen, zu wem er redet, und darnach die Worte zu wählen.“ (Bekker, System S. 50.)

[19]) Roguin, Observations S. 111 f., will den Kreis erweitern — wenigstens auf den „homme d'affaires instruit“. Über die Notwendigkeit der Erfassung eines Gesetzes in seinem Zusammenhange spricht er sich, soviel ich sehe, nicht aus.

die wohl zum weitaus überwiegenden Teile (S. 50 f.) in Rechtshandlungen Fachgelehrter besteht.

Freilich darf daraus, dass für die Rechtskenntnis nur Juristen in Betracht kommen, nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Gesetz auf Nichtjuristen, also auf Menschen der Gruppe B—D, hinsichtlich der Fassung keine Rücksicht zu nehmen brauche.

Ende des 18. Jahrhunderts machte sich mit voller Wucht die Bewegung nach Gesetzen geltend, die nicht das alleinige geistige Eigentum einer bestimmten Volksklasse ausmachen — nach Gesetzen, die „volkstümlich" sind. Diese Bewegung hat wohl auch heute noch den Erfolg, dass ein Gesetzentwurf, der ihr völlig zuwiderlaufen würde, der z. B. lateinisch abgefasst wäre, erstens nicht die Sanktion der gesetzgebenden Faktoren erhalten könnte, zweitens aber den Hütern der Geltung der Normen höchster Ordnung nicht jenen Beistand verschaffen würde, dessen sie bedürfen, um diese Normen zu verwirklichen.

7. Die Geltungsmöglichkeit der Gesetze (S. 60 ff.) hängt heute noch an der Illusion, dass derjenige, an den sich die Rechtsnormen richten (S. 59 f.), (ausgenommen bleiben die Mitglieder der Gruppe A) auch dann, wenn die Rechtskenntnis nicht seinen Beruf ausmacht, direkt durch die Gesetze in Kenntnis seiner Rechte und Pflichten kommen und direkt mit ihnen die Handlungen der staatlichen Hüter der Rechtsnormen kontrollieren könne. Die konstitutionelle Verfassung ist wenigstens in Hinsicht auf die Mitglieder der gesetzgebenden Faktoren auf diese Illusion aufgebaut. (Man denke hier insbesondere an die Staaten, die ein Referendum kennen.)

Ein Gesetz muss, um geltungsmöglich zu sein, nicht nur in demjenigen Personenkreis, der juristisch gebildet ist, möglichst übereinstimmende Vorstellungen hervorrufen, sondern es muss auch die Illusion erwecken, der ganzen Menschengruppe B eine übereinstimmende Rechtskenntnis vermitteln zu können.

8. Ist ein Gesetz so gefasst, dass es auch dem ganzen Heere von juristischen Praktikern relativ einstimmig verständlich ist, so ist, wie wir an dem anerkannt wenig volkstümlichen deutschen B.G.B. sehen, den erwähnten Erfordernissen der Geltungsmöglichkeit Genüge getan, obwohl sich in solchen Gesetzen viele für die Menschengruppe B—D unverständliche Worte befinden.[20])

[20]) Bekker, System S. 50, sagt: „.... das geplante Gesetzbuch soll nur zu dem Juristen und nicht zum Volke sprechen".

9. Soll ein Gesetz die Anrufung der Behörden und insbesondere jene der höheren Instanzen in ein erträgliches Mass einschränken, soll es die Rechtsuntertanen in Zweifelsfällen bei den rechtlich erheblichen Handlungen beraten, dadurch das Vertrauen und die Unterstützung der Rechtsuntertanen geniessen und dadurch wieder einer längeren Dauer entgegensehen können, vor allem aber, soll es dadurch, dass es eine allgemeine Kontrolle der Rechtshandlungen der Beamten ermöglicht, die wirksame Garantie einer Verfassung bilden, die sich auf einen e i g e n e n Willen breiterer Volksschichten stützt (Schweiz!), dann muss es nicht nur die obenerwähnte Illusion erwecken, sondern es muss wirklich „volkstümlich" sein.[21])

10. Bedenkt man, dass der zwischen den Menschengruppen B—C und C, C—D und D bestehende Unterschied in grösserem Ausmasse (soweit nicht die Anschauung mitwirkt) auf Grundlage der in der Gruppe B gebräuchlichsten Worte zu stande gekommen ist, so wird die Behauptung nahe liegen, ein Gesetz könne bloss aus Wortzeichen dieser Art zusammengestellt werden. Das ist auch richtig. Es müsste aber ein solches Gesetz ununterbrochen den ganzen Weg zurücklegen, den die Gruppe D aus der Gruppe B—C aufsteigend zurückgelegt hat. Die ganze „Vorbildung" des Juristen müsste darin enthalten sein. Aus den allgemein gangbarsten Vorstellungen wurden durch jahrhundertelange Arbeit juristische Vorstellungen entwickelt, auf deren Verwendung der Gesetzgeber nicht mehr verzichten kann, ohne den ganzen Entwicklungsgang wiederholen zu müssen.[22]) Würde er aber dies tun, so würde

---

[21]) Die Volkstümlichkeit des schweizerischen Zivilgesetzbuches hängt übrigens mit der „demokratischen Gerichtsorganisation" der Schweiz zusammen. (E g g e r , Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 119.)

[22]) Für eine „Rechtssprache" eine „Terminologie" als wortsparend spricht sich im Anschluss an Ihering W a c h aus (Legislative Technik S. 22 ff.). Über den Wert einer solchen überhaupt vergl. I h e r i n g , Geist des römischen Rechts, 5. Aufl., II. Teil, 2. Abt., Leipzig 1898 (zit.: I h e r i n g , Geist II 2), S. 331 f. Auch H a e n e l , Gesetz S. 163, tritt für eine solche ein. Dass eine „Rechtssprache", d. h. die Verwendung von Worten, welche spezifisch juristische Vorstellungen erwecken und daher in ihrem v o l l e n Umfange weiteren Kreisen nicht ohne weiteres verständlich sind, im Texte nur insofern gefordert wird, als unbedingt nötig, soll nochmals unter Hinweis auf G i e r k e , Entwurf S. 29 ff., hervorgehoben werden. Die Notwendigkeit derselben ergibt sich aus der Notwendigkeit der Klarheit, der Eindeutigkeit des kleinen Wortschatzes und der Kürze des Gesetzes selbst. Eine konsequent durchgeführte Rechtssprache erstrebte die am 28. 2. 74 eingesetzte Vorkommission zur

das Gesetz erst recht augenfällig weit von dem allgemeinen Verständnis ab liegen, weil schon seine Lektüre viel mehr Zeit in Anspruch nehmen möchte, als ein Mensch der Gruppe B—D darauf verwenden könnte.[23])

11. Kann aber ein Gesetzgeber der Verwendung juristischer Vorstellungen nicht entraten und muss er auch Zeichen für sie verwenden, die man als Fachausdrücke auffassen muss, so kann er doch insofern dem Verlangen der Rechtsnormadressaten nach Verständlichkeit entgegenkommen, dass er denselben eine Kenntnis vom Rechte vermittelt, die für die Hauptmasse der Fälle ausreicht. Gewiss ist Diebstahl ein Fachausdruck, und nur bei umfassenden — dem Laien abgehenden — Kenntnissen kann seine Bedeutung fest umschrieben werden. Aber gleichzeitig wird für den Laien im grossen und ganzen der Satz ausreichen: Diebstahl wird bestraft. Er wird sogar unwillkürlich die Lehren des allgemeinen Teils, die dem Diebstahlsbegriff inhärent sind, mitdenken, und sein Kenntnismangel wird durch Hinweis auf diesen oder jenen in Frage kommenden Satz für ihn leicht überzeugend beseitigt werden können. Ganz anders liegt die Sache, wenn man ihm den Satz vorhält: Furtum wird bestraft. Der Jurist kann den Ausdruck Diebstahl ebensogut verwenden als den Ausdruck Furtum — von der gewöhnlichen Diebstahlsvorstellung liegt sein Begriff in diesem und jenem Falle gleich weit ab — der Ausdruck Diebstahl aber erweckt auch in der Gruppe B—C eine Vorstellung, deren Inhalt sich zu einem beachtenswerten Teile mit der juristischen Vorstellung vom Diebstahle deckt, während der Ausdruck Furtum in dieser Gruppe keinerlei Vorstellung hervorruft.[24])

12. Volkstümlich ist jenes Gesetz, das seiner allgemeinen Kenntnisnahme kein Hindernis in den Weg legt, das nicht schon in dem Auszudrückenden begründet ist, jenes Gesetz also, dessen Sätze auch im

---

Abfassung eines Planes zu einem B.G.B. (E. Schwartz, Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen, Berlin 1889 [zit.: Schwartz, Geschichte d. Kodif.], S. 153).

[23]) Darauf scheint Roguin, Observations S. 104 ff., ganz zu vergessen, wenn er gegen die Kürze des Gesetzes eintritt. (Man vergl. V A.)

[24]) In sehr beachtenswerter Weise macht Wach, Legislative Technik S. 24 ff., darauf aufmerksam, dass bei Benennung juristischer Vorstellungen mit Namen, die allgemein gebräuchlich sind, darauf zu achten sei, dass der mit ihnen allgemein verbundenen Vorstellung durch die betreffende Verwendung als terminus technicus kein Zwang angetan werden dürfe. Diebstahl, Unterschlagung und Raub passe z. B. nur für moralisch sehr tief gewertetes Verhalten, und könne nicht gut ganz leichte Vergehen umfassen.

Volke (in der Gruppe B—C) Vorstellungen erwecken, die sich ungefähr mit den Vorstellungen der Juristen decken, und deren Mängel durch die Herbeiziehung anderer Gesetzessätze leicht überzeugend dargetan werden können. Volkstümliches und nicht volkstümliches Gesetz kommen darin überein, dass sie völlig (induktiv) nur von den Fachkundigen erfasst werden können; das volkstümliche Gesetz besitzt aber vor dem nicht volkstümlichen in seiner Wirkung dadurch einen Vorteil, dass es bei dem Volke (der Gruppe B—C) eine wenn auch mangelhafte (bloss deduktive), so doch meist durch andere Gesetzesstellen leicht korrigierbare Kenntnis des Rechtes hervorruft.[25]) Volkstümlich aber kann ein Gesetz nur dann sein, wenn es unter den in der Gruppe D gebräuchlichsten Worten, deren es ja zu seinem Baue bedarf, jene auswählt, die in der Gruppe B—C die relativ gangbarsten sind.[26])

---

[25]) „Kein Gesetzbuch kann „volkstümlich" in dem Sinne sein, dass jeder Satz jedem Laien ohne weiteres" (!) „klar ist", sagt Neubecker, Volkstümlichkeit der Rechtswissenschaft, Berliner Gerichtszeitung, Jahrg. 1907, No. 2. Egger, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 118, sagt vom schweizerischen Zivilgesetzbuch: „Jeder Artikel soll möglichst für sich selbst verständlich sein."

[26]) Wird die Volkstümlichkeit gefasst wie im Texte (ähnlich Zitelmann, Kunst S. 18), so kann jedes Gesetz volkstümlich sein, ohne mit der nötigen Genauigkeit in Widerspruch zu treten. Wird sie aber weiter gefasst, so kann das Gesetz ihr nicht folgen, ohne mit der Forderung nach Kürze (V A.) und nach Vermeidung aller „überflüssigen" Worte (III. A.) zu kollidieren. Zitelmanns Fragestellung (D. J. Z. 1900, S. 331 und Kunst S. 15): „Soll es (das Gesetz) auf Kosten der Volkstümlichkeit genau reden oder auf Kosten der Genauigkeit volkstümlich?" drückt bei dem dem Texte zugrunde liegenden Begriffe der Volkstümlichkeit kein Alternativverhältnis aus. „Von einem modernen Gesetzbuch kann Volkstümlichkeit in dem Sinne, dass etwa jeder Gebildete es nur aufzuschlagen braucht, um darüber klar zu sein, was zwischen ihm und seinem Gegner Rechtens sei, nicht erwartet werden." (Endemann, Lehrb. S. 18.) Aber Unterschiede der Gesetze im Hinblick auf den im Texte festgestellten Begriff von Volkstümlichkeit kann es nichtsdestoweniger geben: „Die Sprache des (schweizerischen) Gesetzbuches ist einfach und schlicht". (Egger, Arch f. R. u. Wphil. 1908, S. 118.) „.... trotz vieler darauf verwendeter Sorgen und Mühen ist der Ausdruck (des B.G.B.) so wenig volkstümlich, wie dem Juristen bequem, nicht deutsch und deutlich, sondern verkünstelt und verschroben." „Auch der Jurist, zumal der vielbeschäftigte Praktiker, muss klare rasch verständliche Gesetzesparagraphen vorziehen." (Bekker, System S. 3 u. 54.) Möglichste Volkstümlichkeit fordert nach Geny (Methode d'interprétation, Paris 1899, S. 97), Sumner Maine, Etudes sur l'histoire du droit, Thorin 1889, S. 408. Etwa gleiche Forderungen bezüglich der Volkstümlichkeit wie der Text stellen die dunklen Worte Genys, Technique S. 1037 III, auf. (Man vergl. S. 1013.) Ebenso Barazetti, Vorentwurf S. 16, unter Zitierung der Worte Cambacérès': „Le législateur travaille

13. Eine gewisse Stütze für die Auswahl seiner Worte findet der Gesetzgeber in denjenigen Gesetzen, die bis zu seiner Zeit lange in Geltung waren. Die Wortzeichen dieser alten Gesetze wurden ja doch

---

pour le peuple; il a rempli sa tâche, lorsqu'il en est entendu". Anschauliche Fassung, leichte Verständlichkeit und Volkstümlichkeit der Redeweise des Gesetzes fordert Wach, Legislative Technik S. 6, der überdies ausdrücklich (S. 7) betont, dass hierdurch die Prägnanz und die juristische Terminologie nicht beeinträchtigt zu werden braucht. „Das höchste Ziel für den Gesetzgeber ist es, eine Bestimmung so zu fassen, dass sie volkstümlich einfach ist und gleichzeitig den strengsten Anforderungen gesetzgeberischer Technik entspricht." (Stooss, Geist d. m. Strggg., S. 24.) Der von Stooss (ebenda S. 20) verlangte Ausschluss „schulmässiger Ausdrücke" deckt sich wohl mit der Forderung des Textes. Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Jena 1903, Bd. I S. 114, verlangt Anlehnung an die gewöhnliche Ausdrucksweise. „Gemeinverständlichkeit" fordert von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I, Berlin 1906, S. 6. So wie Zitelmann hat auch die am 28. 2. 74 einberufene Vorkommission zur Abfassung des Planes zu einem B.G.B. Alternativverhältnis zwischen Volkstümlichkeit und Genauigkeit angenommen. Sie beschloss sohin Anwendung einer „gemeinverständlichen Rechtssprache". (Man vergl. Schwartz, Geschichte der Kodif. S. 153, auf welches Buch als die m. W. reichhaltigste Arbeit dieser Art an dieser Stelle überhaupt verwiesen werde.) v. Liszt sagt in dankenswerter Schärfe im Sinne der obigen Behauptung, dass Volkstümlichkeit und Genauigkeit der Gesetze nicht in einem Alternativverhältnis stehen: „Niemals dürfen wir sicherer davon überzeugt sein, dass wir uns zur Klarheit des Gedankens durchgerungen haben, als wenn es uns gelungen ist, das, was wir denken, in gemeinverständliche Form zu bringen." (Aufsätze II, S. 103.) Wohl zu weit geht aber v. Liszt mit seiner Behauptung: „Auch der einzelne Staatsbürger, an den die Strafdrohung sich wendet, darf mit gutem Recht verlangen, die Rechtssätze zu kennen, die er — bei Strafe! — befolgen soll." (Aufsätze II, S. 376.) Ihering, Geist II 2, S. 313 ff., hebt die im Gegenstande gelegene Unmöglichkeit vollständiger Rechtskenntnis des Laien hervor. M. E. Mayer, Rechts- und Kulturnormen, Heft 50 dieser Abhandlungen, S. 8, spricht sich gegen die Forderung der Gemeinverständlichkeit aus, und er motiviert dies fälschlich damit, dass das Gesetz nur dem Richter befehle. Im Sinne des Textes sprechen sich aus: Wendt, Über die Sprache der Gesetze, Rede, Tübingen 1904 (zit.: Wendt, Sprache), S. 5 f. und 26 ff.; Mohl, Politik I, S. 438 und Günther, Recht u. Spr. S. 20 f. Für Volkstümlichkeit der Gesetze tritt besonders Gierke (Entwurf) ein. Doch hält er sie mit meisterhaften Worten in den im Text hervorgehobenen Grenzen (S. 573—574). Er gibt (S. 17 ff.) eine Übersicht über die Haltung zahlreicher Juristen zu dem Erfordernis der Volkstümlichkeit. Über volkstümliche Sprache vergl. man überdies Goldschmidt, (Krit. Erörterungen, S. 1—53), ferner die interessante Einführung in die Arbeit des Gesetzgebers von Montenegro Bogišić bei Dickel, Gesb. f. Montenegro, S. 37 ff. Von früheren Autoren sprechen sich über das Erfordernis der Volkstümlichkeit z. B. folgende aus: „Legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur". (Seneca,

durch zahllose Rechts **handlungen** illustriert und bieten durch ihre häufige Veranschaulichung eine gewisse Gewähr für eine übereinstimmende Auffassung. Bei Aufgabe einer solchen hergebrachten Termino-

---

ep. 94, Trendelenburg, Naturr. S. 170.) Morus lässt in seiner Utopie (Reklam S. 115) jedermann Doktor der Rechte sein. Volkstümliche Sprache verlangt Hotmann, Antitribonian, Kap. XVIII, lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, S. 199. Ebenso Conring, de origine juris, Kap. XXXIV, S. 210. Die Volkstümlichkeit der Gesetze im Sinne ihrer allgemeinen und vollständigen Verständlichkeit ist bekanntlich im Zusammenhang mit Klarheit, Kürze und Vollständigkeit ein dem Aufklärungszeitalter wesentliches Erfordernis. (Man vergl. L. Günther, Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter, Gross' Arch. Bd. XXVIII, S. 148.) Volkstümlichkeit verlangt auch Montesquieu, Esprit, livre XXIX, chap. XVI und Beccaria, Dei delitti, S. 16 f. und 152. Kaiserin Katharina verlangt, dass das Gesetzbuch in der „langue vulgaire" abgefasst ein „libre familier" werde. (Man vergl. Kitka, Verfahren S. 110.) Volkstümliche Sprache verlangt Friedrich der Grosse, Cabinetsordre vom 14. 4. 1780. (Man vergl. Baron F. H. Antitribonian S. XLII.) Ebenso Globig und Huster, Abh. S. 25, und Filangieri, System der Gesetzgebung, übersetzt von Link, Ansbach 1784, Bd. I, S. 65 f. und 197. Napoleon soll zu Las Casas gesagt haben: „Ich glaubte erst, es sei möglich, alle Gesetze auf klare, einfache, geometrische Sätze zu bringen, so dass jeder, der lesen und zwei Begriffe miteinander verbinden könnte, sie selbst zu entscheiden imstande wäre; aber ich überzeugte mich fast unmittelbar nachher, dass diese Meinung absurd sei". (Schirach, Krit. Zeitschr. f. Rechtsw. u. Gesetzg. des Ausl., Bd. III, 1831, S. 459.) Feuerbach verlangt seiner Zwangstheorie entsprechend, dass der an das Volk zu richtende Teil der Gesetze ein Lehrbuch des Volkes sei. (Kritik S. 1 ff.) Bentham, Grundsätze, Bd. I S. 221, verlangt, dass das Gesetzbuch gerade für die am wenigsten gebildete Klasse verständlich sei. Ist dies auch aus den Gründen des Textes unmöglich, so enthält die Forderung Benthams (ebenda) nach einer „allgemein gebräuchlichen Sprache" eine tiefe Einsicht. Die Grenzen der Volkstümlichkeit kannte Thibaut, Notwendigkeit S. 38, der bekanntlich ein „einfaches Nationalgesetzbuch" verlangte (S. 26). Volkstümlichkeit der Gesetze fordert Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, herausgegeben von Gans, Berlin 1833 (zit.: Hegel, Rechtsphil.), S. 278 f., § 215. Mittermaier, Strafggg. S. 160. fordert, dass die „Worte, deren sich der Jurist bedient", jene seien „welche das Volk gebraucht". Kitka „fordert eine populäre, jedermann verständliche Sprache (Verfahren S. 110). Verwendung des gewöhnlichen Sprachgebrauches verlangt Weiske, Rechtslexikon, Bd. IV, S. 762. Nach Stahl, Die Philosophie des Rechts, 1856 (zit.: Stahl, Phil. d. R.) Bd. II, S. 262, ist die „allgemeine Verständlichkeit und Zugänglichkeit des Rechts — die Popularität des Rechts — ein Vorzug und ein Ziel". Stahl will aber dabei nicht die „über das Volksbewusstsein weit hinausgegangene Rechtswissenschaft und Gesetzgebung aufgeben zugunsten eines populären Rechts". Trendelenburg, Naturr. S. 168, verlangt ohne Einschränkung eine Sprache, die „allen verständlich" ist.

logie muss mit besonderer Vorsicht zu Werke gegangen werden. Dass sie sachlich begründet sein muss, scheint nach dem Gesagten keiner besonderen Hervorhebung zu bedürfen.[27])

14. Werden in einem Gesetze vorwiegend die den Juristen gebräuchlichsten, aber unter diesen auch nur die allgemein gangbaren Wortzeichen verwendet, so wird auch gleichzeitig der Wortschatz des Gesetzes relativ klein sein, was gesetzestechnisch wieder von Wichtigkeit ist.

Wir haben bisher gesehen, dass die Wortzeichen meist nur unklare und überdies subjektiv verschiedene Vorstellungen hervorrufen. Die Korrektur derselben aber geschieht wieder durch Wortzeichen, die meist nur unklare und subjektiv verschiedene Vorstellungen erwecken.

Ist das Wort x trotz seiner Mängel fähig, die Mängel des Wortes a ebensogut zu korrigieren, als es das Wort A täte, ist es aber weiter auch fähig, die Mängel des Wortes b ebensogut zu korrigieren als B, so kann seine Verwendung in beiden Fällen — die gleiche Mangelhaftigkeit aller fraglichen Worte vorausgesetzt — den ganzen Mangel e i n e s Wortes ersetzen. Statt der Mängel der Worte A und B bleibt nur jener des Wortes x im Gesetze zurück.

Was mit bereits im Gesetze verwendeten Worten erreicht werden kann, soll nicht durch die Aufnahme eines noch nicht verwendeten Wortzeichens ersetzt werden.[28]) Bei Befolgung

---

[27]) „Danach soll der Gesetzgeber fürs erste nicht ohne Not und klares Bewusstsein die bisherige Struktur des Rechts, d. i. die Rechtsbegriffe, ändern, wenn er auch die Rechtsbestimmungen ändern muss." (S t a h l, Bd. II., S. 246). Die sehr feine Bemerkung B e n t h a m s, Grundsätze I S. 210, dass diejenigen Gesetze „schon an sich selber geeignet sind, leichter bekannt zu werden" und sich in den Gedanken der Menschen zu erhalten, „welche mit schon gebildeten Erwartungen übereinstimmen oder auf natürliche Erwartungen gegründet sind", lässt sich unbedenklich auf das Gebiet der Terminologie übertragen.

[28]) Hier scheint es passend, den berühmten Ausspruch zu zitieren: „Omnis definitio in iure civili periculosa". (l. 202 D. de regulis iuris 50, 17.) Das Bestreben nach grösstmöglicher Klarheit führt hier wie bei kasuistischem Vorgehen oft zu Unklarheit oder zu Widersprüchen. Die absolute Klarheit der Gesetze ist ein Hirngespinst der naturrechtlichen Theorie. (K i e r u l f f, Theorie des Gemeinen Civilrechts, Altona 1839, S. XIV.) K i e r u l f f hat demgegenüber erkannt, dass feine Detailbestimmungen Inkonsequenzen und Irrtümer bringen. Ein gewisses Masshalten in der Deutlichkeit, fordert schon das kaiserliche Handschreiben M a r i a T h e r e s i a s vom 4. 8. 1772. (P f a f f H o f m a n n, Commentar zu dem österr. a. b. G. B., Bd. I, T. I, Wien 1877 [zit.: P f a f f H o f m a n n, Comm.], S. 15.) „Den Gesetzen geht es wie den Plauderern:

dieser Regel bleibt der Wortschatz des Gesetzes relativ gering.[29])

E. Verschiedenheit der Bedeutungsvorstellungen zu verschiedenen Zeiten.

1. Setzt man die Beobachtungen über die Wirkung der im Gesetze vorfindlichen Wortzeichen durch eine bestimmte Zeit fort, so zeigt sich, dass dieselbe zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene ist. (Wundt, Sprache I, S. 525.)

Das österreichische a. b.G.B. enthält im § 115 den Ehetrennungsgrund (gleichbedeutend mit Ehescheidungsgrund reichsdeutscher Terminologie) der „unüberwindlichen Abneigung". In einer der Ehetrennung sehr feindlichen Zeit werden diese Wortzeichen eine engere Bedeutung haben als etwa knapp vor der Erlassung eines die Ehetrennung sehr erleichternden Gesetzes. Jede Vorstellung ist ein Teil des ganzen Bewusstseinsinhaltes und als solcher mit einer Menge variabler Elemente verbunden. Bedeutende Ereignisse, grosse politische Strömungen, alle rechtsändernden Faktoren wirken auf die einzelnen juristischen Vorstellungen ein und gestalten sie im Rahmen des alten Gesetzes aber in der Richtung des zukünftigen Rechtes um. So ist die Rechtsentwicklung eine stetige in der Bedeutungsveränderung der Wortzeichen. Die vom Worte beinhalteten Vorstellungen können ja vom Gesetze selbst überhaupt nicht anders fixiert werden als durch den in ihm festgelegten Zusammenhang. Sie werden ja vom Interpreten dem Gesetze zugetragen, nicht aber vom Gesetze dem Interpreten übergeben. Diese nur relative Fixierung lässt aber natürlich eine Veränderung des Gehaltes in weitem Ausmasse zu.

Ein Bild möge das Gesagte verdeutlichen: Denkt man sich die Wortzeichen als frei schwimmende Schiffe und die durch das Gesetz

---

wer viel sagt, ist leicht in Gefahr sich zu verreden". Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789 (zit.: Schlosser, Briefe), S. 332. Zitelmann, Kunst S. 31 ff., macht auf die Grenzen der Genauigkeit und Eindeutigkeit aufmerksam. Gute Bemerkungen über den „Fanatismus in Bezug auf die Erreichung einer absoluten juristischen Präzision" finden sich bei Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 10 f. Man vergl. auch Gierke, Entwurf S. 50 f.

[29]) Es „besteht..... in der gesetzgeberischen Technik der oberste Grundsatz, mit möglichst geringer Anzahl solcher Begriffe das Auslangen zu suchen." (Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83.) Iherings „Gesetz der Sparsamkeit", (Geist II 2, S. 330) kann m. E. mit vollem Rechte auf den Wortschatz des Gesetzes angewendet werden.

zwischen ihnen hergestellten Zusammenhänge als Taue, welche die Schiffe verbinden, so bleibt eine selbständige Gesamtbewegung der Schiffe unter zwei Voraussetzungen denkbar: die Schiffe müssen alle untereinander verbunden und keines darf an das Land gekettet sein. Die erstere Voraussetzung verhindert das Auseinanderreissen der schwimmenden Flotte — hemmt die selbständige Bewegung der einzelnen Teile (das Recht ist nur in seinem Zusammenhange zu verstehen) — die letztere Voraussetzung gibt der Flotte im ganzen eine selbständige Bewegungsmöglichkeit. (Im österreichischen Strafrecht wird es seit langem als Mangel empfunden, dass die Strafen zum Teil an national-ökonomisch absolut fixierte Werte gebunden sind. Die relative Wertverminderung des Geldes geht nämlich nicht mit einer Verminderung des Strafwertes Hand in Hand.)[30]

Im Interesse dieser selbständigen und alle Teile gleicherweise ergreifenden Änderungsmöglichkeit des Rechtes im Rahmen des Gesetzes muss ein in sich geschlossener Wortschatz des Gesetzes verlangt werden, der nirgends an ausser ihm liegende, relativ unveränderliche oder nicht mit dem Rechte sich gleicherweise ändernde Vorstellungen anknüpft. Termini technici, die nicht der Rechtswissenschaft angehören, sollen also vermieden werden.

2. Die Beobachtung des Bedeutungswandels, welche die grosse Mehrheit der gesetzlichen Wortzeichen umfasst, gewinnt dadurch eine besondere Bedeutung für die Gesetzestechnik, dass sie verschiedene Worte in verschiedener Weise erfasst. Z. B. das Wort „schnell" im § 428 des österreichischen Strafgesetzes, die Worte „Treu und Glauben", „Billigkeit" und „gute Sitten" in dem deutschen, österreichischen und schweizerischen Zivilgesetzbuche unterliegen einem relativ sehr raschen Bedeutungswechsel; man kann die mit ihnen verbundenen rechtlichen Institutionen förmlich als nur durch die jeweiligen Anschauungen der Rechtsuntertanen bestimmt denken. Andere Wortzeichen widersetzen sich mehr dem Wechsel ihrer Bedeutungen. (Allerdings möge darauf aufmerksam gemacht werden, dass selbst Längen- und Gewichtsmasse durch die technischen Fortschritte der Menschen ihre Bedeutung ändern.)

Auf Grund der eben hervorgehobenen verschiedenen Arten der Worte kann der Gesetzestechniker den ihm konkret gegebenen Rechts-

---

[30]) Man vergl. Montesquieu, Esprit, livre XXIX, chap. XVI.

zustand entweder mehr in seinem Verhältnis zu den wechselnden Zeitanschauungen verkörpern, oder er kann ihn von diesen mehr unabhängig stellen. Nimmt man im Rechte etwas sich Gleichbleibendes und etwas Veränderliches an, so könnte, falls es gesetzestechnisch gelänge dieses Veränderliche mit den es bestimmenden (!) Faktoren zu verbinden, ein Gesetz geschaffen werden, das für alle Zeiten gälte. Das ist unmöglich. Aber durch die Verwendung vieler Worte, die an die Veränderung der Anschauungen der Recht schaffenden Faktoren gebunden sind, kann einem Gesetze durch eine lange Zeit währende Anpassungsfähigkeit verliehen werden, was im Hinblick auf die notwendige stetige Rechtsveränderung und in Erstrebung dauernder Geltungsmöglichkeit (heisst: Erhaltung des Rechtscharakters) des Gesetzes gut ist.[31])

3. An sich kann eine veränderliche Grösse ebenso genau bestimmt werden, wie eine sich gleich bleibende. (Man denke an das Fallgesetz.) Voraussetzung dieser genauen Bestimmung ist aber eine sich gleichbleibende Änderung. In sozialen Dingen dürfte eine solche schon der individuellen Einflüsse halber unauffindbar sein. (Entwicklung!) Man muss sich daher bei Verwendung von Wortzeichen, deren Bedeutung sich leicht ändert, immer dessen bewusst sein, dass sie nur unklare Vorstellungen erwecken werden. Dieses Schicksal teilen sie allerdings mit den meisten Wortzeichen, die das Gesetz zur Verfügung hat. Sie unterscheiden sich aber von diesen dadurch, dass ihre Empfindlichkeit gegen die im Bewusstsein vorfindlichen anderen Inhalte auch eine besondere Empfindlichkeit gegen speziell individuelle Einflüsse in sich schliesst. Wird also die individuelle Unterschiedlichkeit nicht insbesondere durch eine feste Verbindung mit objektiven (sozialen). eventuell auch veränderlichen Massstäben verhindert, so wird ihre gute Seite (Beinhaltung auch wechselnden Rechtes) durch ihre schlechte Eigenschaft hoher subjektiver Beeinflussbarkeit wieder aufgehoben. (Die „Beleidigung" des § 185 R.St.G.B.!)[32])

---

[31]) Nur bei Kohler, Technik S. 373, finde ich eine ähnliche Forderung: „Für jedes Gesetzbuch ist eine Reihe von Fortschrittsvorschriften wesentlich, die so elastisch sind, dass sie dem Zug der Zeit dienen können". Geny, Technique S. 1031, steht dieser Forderung sympathisch gegenüber, ohne sie in seinen Ergebnissen aufzustellen.

[32]) Auch hierauf macht Kohler, Technik S. 373f., aufmerksam: „Allerdings sind solche Bestimmungen zweischneidig. In den Händen einer unfähigen Richterschar können sie zum Fluch werden."

II. Die Sätze.

Die in der Gesetzestechnik uns entgegentretende nächst höhere Erscheinung ist der Satz. Der Satz ist in völkerpsychologischem Sinne eine Gesamtvorstellung. (W u n d t, Sprache I, S. 563.) Er ist in seinen Wirkungen von den Worten verschieden. Er ist nicht die Zusammenfügung von den von Worten beinhalteten Vorstellungen, sondern er ist die Gliederung einer einheitlichen (Gesammt-)Vorstellung,[33]) die völlige oder die nur das Wichtigste berücksichtigende Zerlegung dieser Vorstellung in ihre Bestandteile. (W u n d t, Sprache II, S. 240.) Die Vorstellung, die er hervorruft, zeichnet sich vor der Vorstellung, die das Wort erweckt, dadurch aus, dass sie von allem Anfange an in erkannten Beziehungen zu anderen Vorstellungen steht, von denen sie nicht mehr trennbar ist. Diese Vorstellung nimmt im Bewusstsein durch die Beziehungen, in denen sie steht, einen grossen und daher durch fremde Eindrücke wenig gefährdeten Platz ein. (W u n d t, Sprache I, S. 562) (Enge des Bewusstseins!) Eine ganze Schar von Assoziationen, die an dem einfachen Worte hängen, wird durch den Zusammenhang der Worte im Satz ausgeschlossen. Assoziationen aber, die erwünscht sind, werden durch diesen Zusammenhang herbeigeführt. Im Felde der Gesetzestechnik ist die Beobachtung zu machen, dass sich Fragen und Zweifel fast nie an einen als solchen apperzipierten Satz, wohl aber fast immer an die einzelnen Worte anschliessen, in die der Satz zerlegt wurde. Es scheint unbewusstermassen diese Erfahrung schon zu der Praxis geführt zu haben, Tatbestände und Rechtsfolgen meist durch ganze Sätze auszudrücken, nicht aber durch einzelne Worte, obwohl es ohne weiteres anginge, dies durch Worte zu tun und einfach z. B. „Diebstahl", „Unterschlagung", „Raub" u. s. w. zu bestrafen. (Man denke an die „Beleidigung" des § 185 R.St G.B.!) Diese Beobachtung ist umso interessanter, als ja die Vorstellungen „Diebstahl, Unterschlagung, Raub" u. s. w. konkreter sind als die Merkmale, in die sie im Satze zerlegt werden, und als doch für die konkreteren Vorstellungen im all-

---

[33]) W u n d t, Sprache II, S. 234 ff. und I 560. „.. die Worte haben nur insofern eine reale Bedeutung, als sie eben Bestandteile des Satzes bilden." (F r i e d r i c h M ü l l e r, Einleitung in die Sprachwissenschaft, Wien 1876, Bd. I, Abt. 1, S. 99.) Auch S t e i n t h a l lässt das Wort erst aus dem Satze entstehen. (Einleitung in die Psychologie und Sprachwissenschaft. Berlin 1881, S. 399.)

gemeinen ein höheres Mass von Klarheit und Festigkeit in Anspruch genommen wird als für die abstrakteren.

Trotz der bisher hervorgehobenen Unterschiede ist doch die „Satzvorstellung" nicht so sehr von der „Wortvorstellung" verschieden, dass nicht für erstere dieselben Gesichtspunkte platzgreifen könnten als für letztere:

A. War die Tatsache der Assoziation des Wortzeichens mit der vom Worte beinhalteten Vorstellung ein notwendiges Mittel der Gesetzestechnik, so gilt Gleiches vom Satze.

Es ist ohne weiteres möglich, dass ein Satz dessen Vorstellungsinhalt bloss in „verständliche" Worte zerlegt wurde, dennoch unverständlich bleibt. Worin das Wesen dieses sogenannt „schweren Stiles" besteht, kann ich nicht endgültig entscheiden; es scheint mir aber an dem Ausfallen der Assoziation zwischen Satzzeichen und der erwünschten Vorstellung entweder eine ungewöhnliche Satzfügung Schuld zu sein oder eine die gewöhnliche Fähigkeit zu simultaner (satzadäquater) Apperception (Wundt, Sprache I, S. 534) überschreitende Länge des Satzes.[34])

Worte allein genügen zur Rechtsverkörperung nicht und dies deshalb, weil es einerseits an bezeichnenden Worten für die massgebenden Vorstellungen fehlt, und weil anderseits die vorhandenen Worte meist zu wenig klare und zu wenig übereinstimmende Vorstellungen erwecken. Der Gesetzestechniker braucht den Satz und eine an seine Zeichen sich anschliessende Assoziation mit der zu erweckenden Vorstellung. Bei Verwendung gebräuchlicher Worte tritt diese Assoziation bei gebräuchlicher und nicht zu langer Satzfügung ein. Ihre Existenz kann und soll experimentell nachgeprüft werden.

B. Auch der Satz führt erst bei einer sich auf seiner „Gesamtvorstellung" aufbauenden „Begriffsbildung" zur Rechtserkenntnis. Der bei dieser Begriffsbildung notwendige subjektive Faktor nimmt auch hier dann das geringste Feld ein, wenn die zugrunde liegende „Vorstellung"

---

[34]) „Die Sprache des (schweizerischen) Gesetzbuches ist einfach und schlicht." (Egger, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 118.) Das Gesetz „soll die Rechtssätze klar und einfach vor Augen stellen, ohne Verschnörkelung und Umständlichkeiten ..." (Kohler, Technik S. 347.) Das B.G.B ist „mit einem schweren Mangel behaftet, dem einer geschraubten, mühsamen Diktion". (Kohler, Technik S. 353.) Die „Einfachheit" bezeichnet Wach, Legislative Technik S. 3, als „elementare Anforderung der Technik." Er verlangt schlichten Satzbau (S. 6). Einfachen Stil verlangt Montesquieu, Esprit, livre XXIX, chap. XVI. Man vergl. auch Günther, Recht u. Spr. S. 21, und Stooss (hier Anm. 38).

subjektiv und objektiv möglichst klar ist. Schon unter I. B. wurde darauf hingewiesen, dass gerade im Hinblick auf diese durch den objektiven Rechtscharakter geforderte Klarheit der Vorstellungen das einzelne Wort fast nie ausreiche, dass es vielmehr noch der Klärung durch andere Worte bedürfe. Eine blosse Summierung von Worten kann natürlich immer nur zu einer Summierung, nie aber zu einer Ausscheidung der mit ihnen verbundenen Unklarheiten führen. Die Klärung einer Wortvorstellung durch andere Wortvorstellungen kann nur durch deren Zusammenhang erfolgen. Ein Zusammenhang von Wortvorstellungen kann aber eben, so weit er sich nicht von selbst ergibt (Impressionismus), nur durch den Satz ausgedrückt und hervorgerufen werden. So wie aber alle Klarheit doch nur Zusammenhang ist, so kann die im Satz zurückbleibende Unklarheit wieder nur durch den Zusammenhang von Sätzen behoben werden, was die induktive Bearbeitung des Rechtsstoffes zur Notwendigkeit macht. (III. A.) Hier, wo es sich um das gesetzestechnisch wesentlichste Merkmal des Satzes, um die Erweckung von Vorstellungen in einem bestimmten gegenseitigen Zusammenhange handelt, möge darauf aufmerksam gemacht werden, dass häufig Wortzeichen die Bedeutung von Zeichen für Sätze haben und dass umgekehrt manche grammatikalische Sätze so wenig Zusammenhang zwischen Einzelvorstellungen erwecken, dass ihnen die Vorzüge des Satzes kaum zugute kommen.

Was das erstere anbelangt, so sei auf die in den Gesetzen einzeln stehenden Worte verwiesen, auf die Überschriften der Bücher (Teile), Abschnitte (Hauptstücke), Titel, §§ und sonstigen Abteilungen. Alle diese Zeichen beinhalten Sätze von etwa nachfolgendem Gefüge: „Die .... Abteilung des Gesetzes vom ..... handelt in den nachfolgenden §§ von ..... wie folgt“: Sie erwecken die ersten Teile von Perioden, deren weitere Teile in den Unterabteilungen vorfindlich sind. Dieser Zusammenhang bringt es zuwege, dass sie bei der Interpretation mit herangezogen werden und auch herangezogen werden können. Stünden sie nicht in dem besagten Zusammenhang, so würden sie überhaupt nicht Teile des Gesetzes bilden. Der Zweck der Übersichtlichkeit (der mit dem sachlich imperativen Charakter des Rechtes nichts zu tun hat) kann ihr Dasein im Gesetze selbst nicht legitimieren. Um diese zu fördern, brauchte ja nur ein mit Privatcharakter versehener Index dem Gesetze beigefügt zu werden. Der Zusammenhang der erwähnten durch blosse Worte bezeichneten Sätze mit den ihnen untergeordneten Ge-

setzessätzen ist so stark, dass er eine wesentliche Stütze gerade der induktiven Bearbeitung des Rechtskörpers abgibt.[35]) Um trotz seiner Entfernung noch bei der Apperception dieser Sätze mitzuwirken, erhält er den auffallenden Platz, der seinem hohen Range entspricht.[36])

Es gibt nun auch Sätze, die der Unklarheit einzelner Worte nur sehr wenig Grenzen ziehen. Als Beispiel gelte wieder § 185 R.St.G.B.: „Die Beleidigung wird .... bestraft". Die mit dem Worte Beleidigung assozierten Vorstellungen sind grösstenteils subjektiv und objektiv, fast immer aber objektiv unklar. Der in Frage stehende Satz bringt diese Vorstellung nur in Zusammenhang mit einer vom geringsten Masse anfangenden rechtlichen Strafe und schliesst dadurch aus ihr nur jene Teile aus, die mit der Strafvorstellung nicht in Zusammenhang treten wollen. Das Missliche an dieser Aufklärung liegt aber noch darin, dass sie von derjenigen Vorstellung ausgeht, die ihrerseits wieder auf die aufzuklärende Vorstellung zurückweist. Aus dem Satze des § 185 fällt also das Wort Beleidigung mit aller an ihm hängenden Unklarheit förmlich heraus. Es wird dann erst durch die übrigen Gesetzessätze etwas aufgeklärt, ohne die es leicht zu einer Bestrafung der Beleidigung von Gegenständen, Tieren, Geistern und allen Verstorbenen kommen könnte. Soll also bei der Bildung der für die Rechtskenntnis notwendigen Begriffe der subjektive Faktor nicht allzu gross sein, so muss es nicht nur zu einer Satzbildung überhaupt, sondern es muss zu solchen Satzbildungen kommen, die reiche Zusammenhänge zwischen den Wortvorstellungen vermitteln.

C. Sätze bestehen nicht nur aus Wortzeichen, sondern auch aus Wortstellung und Interpunktion. Veränderte Wortstellung und Interpunktion kann zu veränderten Satzvorstellungen führen, sei es, dass die Gefühlsbetonung, sei es, dass der Zusammenhang der Wortvorstellungen dadurch alteriert wird. Die Befolgung der grammatischen Regeln verhütet am besten die durch die Wortstellung sonst leicht irregeleiteten, die Vorstellungen begleitenden Gefühle, was im Hinblick auf die hervorragende Ungleichheit der Gefühle bei verschiedenen Individuen im

---

[35]) Man könnte auch von Sätzen ohne Worte sprechen, sofern man bloss an die systematische Stellung der Gesetzesteile denkt. Denn diese Stellung allein führt oft zu Vorstellungen über den Gehalt von Gesetzesteilen, die sonst nur durch lange Sätze erweckt werden könnten. Man vergl. hierzu Ihering, Geist II, 2 S. 330 f.

[36]) „Der Titel aber soll nicht verwirren, sondern die Beherrschung des Inhalts erleichtern." (Wach, Legislative Technik S. 22 und Beispiele dazu S. 19—22.)

Interesse des objektiven Charakters des Rechtes erstrebenswert ist. Gleiche Vorstellungsfolgen können am präzisesten durch gleiche Wortfolgen erzeugt werden. Was aber die Interpunktion anbelangt, welche die Gruppierung der Wortvorstellung innerhalb der Satzvorstellung verursacht, so wird auch hier eine strikte Befolgung der grammatischen Regeln den Gesetzestechniker am besten vor einer von ihm nicht gewollten Verschiedenheit in Satzvorstellungen bewahren, denn die Gammatik trifft auf überall gleichmässig ausgeschliffene Bahnen und verhütet dadurch das Zustandekommen von Überraschungen über individuelle Unterschiedlichkeiten der Auffassung.

D. Mit diesem strengen Hinweis auf die Grammatik scheint auch schon dasjenige erledigt zu sein, was bezüglich der notwendigen Übereinstimmung der Rechtsvorstellungen unter den einzelnen Individuen gewisser Menschenkreise für die Satzbildung zu erwähnen ist.[37])

Das unter I. D. 9—12 verlangte volkstümliche Gesetz kommt nur dann zustande, wenn die von der Grammatik aus illimitierte Möglichkeit der Bildung weit ausgreifender Sätze nur in solchem Masse ausgenützt wird, dass überall und auch in der Gruppe B—C simultane (dem Satz adäquate) Apperceptionen zustande kommen können. Da die Rechtsvorstellungen keinerlei Nötigung zur Bildung langer Sätze enthalten, so kann das Erfordernis kurzer Sätze unbedingt aufrecht erhalten werden.[38]) (Man vergl. auch II. A.)

---

[37]) In diesem Zusammenhange werde die insbesondere auch für I. C., I. D. und II. C. wichtige Forderung betont, dass das Gesetz gegen die Regeln der Grammatik — als die Regeln des Sprachgebrauchs — in keiner Hinsicht (Orthographie, Interpunktion, Satzbildung, Satzstellung, Tempus, Modus, Casus u. s. w.) verstosse. Der Grund hiefür liegt in dem Prinzip der Verwendung des „Gebräuchlichen" als der besten Basis klarer und eindeutiger Verständigung. (Hierüber vergl. man I. B.) Bezüglich der hierher gehörenden Fragen werde auf die umfassende Bearbeitung derselben durch Günther, Recht u. Sprache, Berlin 1898, hingewiesen. Im Hinblick auf diese Bearbeitung erschien mir ein näheres Eingehen auf diese Fragen unnötig. Es sei nur im Gegensatz zu Günther (S. 55 ff.) betont, dass dem Gesetz bei der eminenten Schwierigkeit seiner Abfassung nicht füglich noch die Veredelung der Schriftsprache als eigenes Ziel vorgeschrieben werden kann.

[38]) „Es soll ein Gesetzbuch keine Satzungeheuer bilden ..." (Kohler, Technik S. 347.) Laband lobt (Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, D. J. Z., Jahrg. 1897, S. 132) „die Kraft und Kürze der einzelnen Sätze" und fügt bei, dass das Schweizer Gesetz „dem Verständnis nicht entfernt die Schwierigkeiten bietet" wie das (deutsche) Bürgerliche Gesetzbuch. Egger, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphil. 1908, S. 118, sagt vom schweizerischen Zivil-

III. Die Aussprüche.

Einleitung. Die im Gesetz vorfindlichen Sätze bringen Wirkungen hervor, die ihnen, falls sie nicht Teile von Gesetzen ausmachen würden, nicht in diesem Masse zukämen. Diese besonderen Wirkungen können ihnen natürlich nur eben der besondern Eigenschaft halber zukommen, Teile von Rechtsverkörperungen zu sein. Zieht man diese besondere Eigenschaft mit in Betracht, so wird der Ausdruck Satz für die beobachteten Erscheinungen zu weit und es empfiehlt sich die Annahme eines Terminus technicus, unter dem jederzeit die besprochene Eigenschaft mitverstanden wird. Da der nächstliegende Ausdruck Rechtssatz schon eine spezifische Bedeutung hat, so wurde das Wort Ausspruch wegen des in ihm liegenden Hinweises auf die Quelle der massgebenden Verschiedenheit gewählt. Mit der Betrachtung der Aussprüche wird insofern das eigenste Gebiet der Gesetzestechnik betreten, als diese Betrachtung eben nirgends anders als an Gesetzen angestellt werden kann.[39])

Jeder Satz, der den Bestandteil eines Gesetzes bildet, ist ein Ausspruch. Seine Form ist diesbezüglich vollkommen gleichgültig. Insbesondere macht es keinen Unterschied aus, ob die Sätze imperativisch oder indikativisch gehalten sind. Gesetz ist nur dasjenige, was sachlich imperativen Charakter hat (S. 114). Dies ist aber nicht formell, sondern

gesetz: „Satzungetüme finden sich keine". Für die Kürze der einzelnen Sätze spricht sich auch Roguin aus (Observations S. 106). „Quae verbosae inveniuntur, et nimis prolixae, contrahantur magis in arctum." (Baco, Exemplum tractatus de justitia universali sive de fontibus juris Aphor. 60. Man vergl. auch Aphor. 59, 65, 66 und das sich im Interesse der Volkstümlichkeit gegen allzugrosse Kürze wendende Aphor. 68, sowie S. 84, The Works of, London 1740, Vol. IV, wo Baco die „brevity of speech" der schottischen Gesetze lobt.) „Es muss der Bau der Sätze höchst einfach sein. Die Satzbildung des Gesetzes ist der einfache Hauptsatz, künstliche Satzgebilde dürfen in einem Gesetze gar nicht vorkommen." (Stooss, Geist d. m. Strggg., S. 20.) „Knappe Fassung" verlangt Günther, Recht u. Spr. S. 21, 44. Kurze volkstümliche Sätze fordert Gierke, Entwurf S. 54, 55. Ähnlich Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 16. Nach Mohl, Politik I. S. 444 f., sollen die Sätze gedrängt gefasst sein.

[39]) Die besonderen Eigenschaften, welche aus den Sätzen Aussprüche machen und welche daher das Gesetz von allen übrigen literarischen Werken sondern, waren — wie den meisten — so auch Bentham wenigstens als solche unbekannt. Er meint (Grundsätze I S. 221), dass, „wenn der Stil des Gesetzbuches von dem anderer Bücher sich unterschiede, dies durch eine grössere Klarheit, durch eine größere Bestimmtheit, durch eine grössere Popularität" — sonst aber durch nichts — geschehen solle.

inhaltlich zu verstehen. Alles Recht hat sachlich imperativischen Charakter, mag es in belehrenden oder in befehlenden Sätzen verkörpert sein. Dagegen kann dasjenige, was inhaltlich nur eine Belehrung darstellt, niemals Gesetz, niemals Ausspruch sein. Würde ein Lehrbuch mit Gesetzeskraft ausgestattet, so müsste man aus den formell durchaus belehrenden Sätzen jene heraussuchen, die einen sachlichen Imperativ enthalten, und diese Sätze als gesetzliche Aussprüche von jenen scheiden, deren Inhalt eine Belehrung bildet.[40]) Es ist nicht der belehrende Stil, der ein Lehrbuch verhindern würde, seinem ganzen Umfange nach Gesetz zu sein. Die häufigen Gesetzessätze, die bloss die Verknüpfung von Tatbeständen mit Vor- und Nachteilen, und solche, die ein blosses Können ausdrücken, kann man der Form nach ebensowohl belehrend als befehlend auffassen, ohne dass sie irgendwie weniger geeignet wären einen sachlichen Imperativ auszudrücken, als reine Befehle, die doch auch immer eine Belehrung über dasjenige enthalten, was befohlen oder verboten ist. Bei Formulierung eines Gesetzes ist sohin auf den sachlich imperativen Charakter gar keine Rücksicht zu nehmen. Dieser sachlich imperative Charakter ist für den Gesetzestechniker nur insofern von Wichtigkeit, als er ein notwendiges Merkmal des von ihm auszudrückenden Inhaltes ist. Eine durchaus imperativische Fassung wäre ebenso schwer und schleppend als eine durchgängig indikativische.[41])

---

[40]) Diese ausserordentlich schwierige Aufgabe werden die Juristen dem bürgerlichen Gesetzbuch für Montenegro gegenüber zu leisten haben, dessen sechster Teil, Art. 767—1031, nicht nur Belehrung, sondern auch Volkspoesie zu seinem Gegenstande macht. Man vergl. hierüber Dickel, Gesb. f. Montenegro, insbesondere S. 106 ff.

[41]) Hiermit ist m. E. Zitelmanns Frage (D. J. Z. 1900, S. 331 und Kunst S. 15): „Wie soll es (das Gesetz) sprechen, belehrend oder befehlend?", beantwortet. Geny, Technique S. 1037 V, fordert äusserst einfach: „la forme grammaticale la plus apte à . . . traduire" les dispositions de la loi. Dass die indikativische Fassung des Strafgesetzes die Imperative einschliesse, hat Benthan, Grundsätze I S. 232, im Zusammenhange mit den Grundlagen der „Normentheorie" in überzeugender und bewundernswert kurzer Weise ausgesprochen. Gleiches sagt von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Berlin 1906, Bd. 1 S. 2. Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893, Bd. I S. 112 Anm. 1, erklärt, dass Missverständnisse aus der berichtenden Fassung eines Gesetzes nicht entstehen können. „Es wäre Widersinn, die imperativischen Formen, welche die vereinzelten und zusammenhangslosen Bestimmungen der Zwölftafeln aufweisen konnten, als Muster einer modernen Kodifikation hinzustellen." Hänel, Gesetz S. 164. „Ob der Ausdruck imperativischer Art ist oder nicht, ist gleichgültig, das Imperativische liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem

Der häufig wiederkehrende Anspruch: Gesetzbücher sollen keine Lehrbücher sein,[42]) enthält nichts anderes als die Betonung jener Eigenschaften der Gesetzessätze, durch welche sie sich prinzipiell von den Sätzen der Lehrbücher unterscheiden, d. s. Expansivität und Affinität.

A. Die Expansivität der Aussprüche.

1. Jeder Ausspruch hat die Tendenz, ein möglichst grosses Gebiet für sich in Anspruch zu nehmen und dies in doppeltem Sinne: 1. will jeder Ausspruch, dass sein voller Inhalt gelte, dass alle seine Konsequenzen gelten und 2. ist jeder Ausspruch auch geneigt, jedes überflüssige, zufällige Merkmal unter Zurückbehaltung der notwendigen Merkmale auszustossen, also nur als Teilfall eines höheren Prinzipes erfasst zu werden. Jeder wirkliche Rechtsstreit, d. h. jeder Streit über Recht, nicht jener über Tatsachen, bietet ein Beispiel für die Expansivität der Aussprüche. Der Rechts streit hat immer seine Ursache in der Expansivität zweier (oder mehrerer) Aussprüche, die miteinander etwas zu tun haben (die affin sind, III. B.).

Als willkürlich herausgegriffenes Beispiel gelte der erste Ausspruch des § 859 B.G.B.: „Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren". Ohne Berücksichtigung anderer Aussprüche wird

---

Munde des Gesetzes hat das ‚Ist' die Bedeutung des ‚Seinsollens'." Ihering, Geist II 2, S. 358. Im wesentlichen steht der Text auf dem Standpunkt der Ausführungen Wendts, Sprache S. 7—17, auf die hier verwiesen werde. Dagegen Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, Arch. f. d. civil. Praxis, Jahrg. 1886, S. 310 ff.

[42]) Bekker, System S. 21; Kohler, Technik S. 358; Geny, Technique S. 1012 und 1036; Wach, Legislative Technik S. 8; Stooss, Geist d. m. Strggg. S. 20; Wendt, Sprache S. 18 ff.; von Liszt, Aufsätze II S. 104; Ihering, Geist II 2, S. 371 f; Mohl, Politik I S. 431. Bei Goldschmidt, Krit. Erörterungen, S. 54 ff., wird der Satz, dass Gesetzbücher keine Lehrbücher sein sollen, vorwiegend mit Beispielen illustriert, die überflüssige Gesetzesbestandteile wiedergeben. Das montenegrinische Gesetzbuch will nicht nur Gesetz — sondern auch Lehrbuch sein. Dickel, Gesb. f. Montenegro S. 33 f. Lex „jubeat, non disputet — non disco sed pareo". Seneca, ep. 94. (Man vergl. Trendelenburg, Naturr. S. 170.) „Erstens soll das Gesetz- und Lehrbuch nicht miteinander vermengt . . . ." werden. Kaiserliches Handschreiben von Maria Theresia vom 4. 8. 1772. (Man vergl. Pfaff Hofmann, Comm. S. 15.) Ähnliches findet sich in den Motiven zum Code Civil. (Man vergl. Geny, Méthode d'interprétation, S. 95 Anm. 3.) Ebenso Mittermaier, Strggg. in zahlreichen Sätzen, z. B. S. 18 f. und 65, und Weiske, Rechtslexikon, Bd. IV S. 757.

dieser Ausspruch vorerst einmal von jedem Besitzer in jedem Falle verbotener Eigenmacht für jede gewaltsame Erwehrung in Anspruch genommen. Darin zeigt sich die Expansivität in der ersterwähnten — deduktiven — alle Konsequenzen ergreifenden Bedeutung. Aber die Expansivität geht noch weiter. So würde der fragliche Ausspruch z. B. auch ohne das Vorhandensein der §§ 860 und 865 von einem „Besitzdiener" und einem „Teilbesitzer", er würde auch ohne Abs. 3 des § 859 von demjenigen in Anspruch genommen, der sich seines Besitzes wiederbemächtigt hat u. s. w. Es würde sich für den Fall des Fehlens der §§ 227 und 229 ein ganzes Notwehr- und Selbsthilferecht aus ihm verstehen lassen. Dies aber wäre die zweitgenannte, prinzipienbetonende, induktive Bedeutung der Expansivität.

Die Expansivität rechtlicher Aussprüche entstammt dem unbedingten Geltungswillen des Rechtes, sofern dieser von wirklichen oder nur gedachten möglichen Ansprüchen Einzelner in Dienst gerufen wird. Infolge der durchgängigen Gleichwertigkeit aller Bestandteile des Rechtes haben alle Aussprüche an und für sich die gleiche Expansivität.

Bei wissenschaftlichen und künstlerischen Werken ist die Expansivität nicht in gleicher Weise vorfindlich als bei Aussprüchen der Gesetze, denn es steht dort jeder Satz förmlich unter der Kontrolle der Meinung des Autors, auf welcher ja die „Tragweite" der Sätze fusst. Ein Kodex der Moral, der Sitte und der Religion würde infolge seiner bloss bedingten Geltung auch nicht in gleicher Art die Eigenschaft der Expansivität seiner Sätze aufweisen können.

Um Irrungen vorzubeugen, sei gleich hier betont, dass die hier behauptete Eigenschaft der Expansivität der Aussprüche mit der S. 69 f. bestrittenen Expansionskraft des Rechtes nicht identisch ist. Die Expansivität des Rechtes stellt die Erkenntnis desselben erst her, bringt seinen ganzen Inhalt erst heraus, hat mit dem Rechte selbst noch gar nichts zu tun, während die angebliche Expansionskraft nicht ein Plus an Erkenntnis, sondern ein Plus an bestehendem Recht hervorbringen soll, was prinzipiell als unmöglich bezeichnet wurde und auch an dieser Stelle so bezeichnet wird.

Die Expansivität ist jene Eigenschaft der Aussprüche, an die der Gesetzestechniker vielleicht am meisten und während des ganzen Laufes seiner Tätigkeit denken muss. Am gefährlichsten sieht wohl derjenige Teil der Expansivität aus, der in induktiver Richtung

wirkt,[43]) und der auch hier deshalb zuerst behandelt werden soll, weil der andere Teil der Expansivität — jener, der nach deduktiver Richtung wirkt — an die höchste Höhe erreichter Induktion anknüpft.

2. Die Basis der Induktion ist der Ausspruch, denn jede Induktion erfordert einen Zusammenhang von Vorstellungen, der in dem einzelnen Worte des Gesetzes nicht vorfindlich ist. Der Induktion parallel geht hinsichtlich der einzelnen Worte die Annahme der weiteren Bedeutung. Damit das Denken über die Induktion nicht gestört werde, wird die Bedeutung der einzelnen Worte hier vorläufig als fixiert angenommen. Die Vornahme einer Induktion („Induktion", „induktive Bearbeitung" u. dergl. gelten hier als Wirkungen der Expansivität der Aussprüche in induktiver Richtung) ist nicht von dem Vorhandensein mehrerer Aussprüche abhängig. Sie kann ohne weiteres an jeden einzelnen Ausspruch anknüpfen. Sie gewinnt für das Gebiet des Rechtes dadurch, dass sie an mehrere Aussprüche anknüpft, nicht einmal eine erhöhte Bedeutung. Es gibt für dieses Gebiet überhaupt nur eine Sicherheit und diese besteht darin, alles Zugehörige verarbeitet und alle Widersprüche ausgerottet zu haben. Ist die fragliche Induktion nur von einem einzigen Ausspruche aus möglich, weil in dem Gebiete des Rechtes kein zweiter Spezialfall des gewonnenen Satzes vorfindlich ist, so hat diese Induktion den gleichen Wert wie eine andere, die etwa auf hundert Spezialfällen aufbaut. Dass die Analogie — und hierunter wird ja wohl meist eine Induktion verstanden — auch von einem einzigen Ausspruche ihren Ausgangspunkt nehmen könne, ist denn auch allgemein zugestanden.

Der Ausspruch erweckt eine Gesamtvorstellung, die in ihre Merkmale aufgelöst werden kann. Die Induktion kommt nun auf diese Weise zustande, dass von der Mehrheit dieser Merkmale eines oder mehrere als bloss zufällige ausgeschieden, die anderen aber als notwendige beibehalten werden. In vielen Fällen geschieht dies ohne jede Reflexion, förmlich von selbst. Das kommt dann daher, dass die als zufällig in Wegfall kommenden Merkmale mit der Vorstellung einer rechtlichen Notwendigkeit gar keine Assoziation eingehen können. Durch den Wegfall der fraglichen Merkmale wird in jedem Falle der Ausspruch inhaltsärmer und umfangreicher. Es unterfällt ihm eine größere Anzahl von Spezialfällen. Darin liegt einerseits der Wert und anderseits die Gefahr

[43]) Napoleon soll bei Erscheinen des ersten Kommentars zu seinem Gesetzbuch gesagt haben: „Mon Code est perdu!" (Geny, Méthode d'interprétation, Paris 1899, S. 19.)

der induktiven Bearbeitung des Rechtes. Gewiss liegen in jedem Menschen zu jeder Zeit andere Anlagen zu dieser Bearbeitung vor, und der Gesetzestechniker kann diese Unterschiede nicht ausschalten. Zu Fehlern wird es da immer kommen. Im allgemeinen aber kann der Gesetzestechniker darauf rechnen, dass eine ziemlich grosse Gleichheit der Anschauung darüber besteht, welche Merkmale eines Ausspruches notwendig, welche bloss zufällig sind. War es doch möglich, ein Gewohnheitsrecht in abstrakten Sätzen festzustellen, obwohl jeder dieser Sätze nur durch Induktion aus den einzelnen Rechtshandlungen gefunden werden konnte. Nimmt der Gesetzestechniker also tatsächlich nur jene Merkmale in seine Aussprüche auf, die ihm als rechtlich notwendig erscheinen, so wird er sich vor Induktionen nicht zu fürchten haben. Seine Worte werden als notwendige angesehen, und es wird nicht leichtfertig zu Induktionen geschritten werden. Die alte Regel, dass jedes Gesetzeswort bei der Auslegung berücksichtigt werden müsse, wird in Kraft stehen und die Freiheit der Ausleger einschränken.[44])

Ganz anders, wenn der Gesetzestechniker seine Aussprüche mit überflüssigen Merkmalen von Rechtshandlungen überhäuft. Seine Worte werden als grossenteils überflüssig missachtet werden, die Regel, dass jedes Gesetzeswort berücksichtigt werden müsse, wird keine tatsächliche Unterlage haben und daher nicht gelten können,[45]) jede leichtsinnige Induktion wird einen Schein von Richtigkeit gewinnen, und vergeblich wird der Gesetzestechniker nach einem Mittel sinnen, die Induktionen einzuschränken.[46]) Die Stellung des Interpreten zum Gesetz wird so frei sein, wie die des Interpreten zur einzelnen Rechts-

[44]) Etiam illud recte positum est: „Optimam esse legem quae minimum relinquit arbitrio judicis." Baco, Tractatus de justitia universali sive de fontibus juris Aphor. 8. „Das für die Auslegung .... so wichtige argumentum a contrario ... darf in einem Gesetze mit gutem Sprachgebrauch weit eher angewandt werden, als in einem nachlässig redenden." (Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.)

[45]) Von den notwendigen Worten dieses Gesetzes könnte man mit Bacon sagen: The living die in the arms of the dead. (The Works of London 1740, Vol. IV S. 3.) Ähnlich Montesquieu, Esprit, livre XXIX chap XVI: „les lois inutiles affaiblissent les lois necessaires".

[46]) Er kann sie auch dadurch nicht in feste Wege zwingen, dass er ausdrücklich den Zweck des Ausspruches diesem beifügt (Zitelmann, Kunst S. 16), wovon schon im Hinblick auf den Zweckwandel (Jellinek) die Heterogonie der Zwecke (Wundt) abzuraten ist. Über Vorschläge und Versuche zur Rettung des Gesetzes vor der Interpretation vergl. man z. B. Binding, Handbuch des Strafrechtes, Leipzig 1885, Bd. I S. 23.

handlung bei Aufsuchung des Gewohnheitsrechtes. Ein Verbot der Induktion ist wirkungslos, da es doch selbst erst dieser Induktion unterliegt. Und es ist überdies unsinnig, da es gebietet, den Zufall der Notwendigkeit gleich zu achten. Von einem solchen Verbot induktiver Bearbeitung der Gesetze, das Montesquieu, Beccaria, Quistorp und auch Feuerbach wollte, kann man nur sagen: es „hebt das Gesetz" (als Vereinigung der notwendigen Bestandteile der Rechtswirklichkeit) „seinem Wesen nach auf, um es dem Scheine nach zu sichern". (Feuerbach, Kritik 2. T., S. 22.)[47] Ein solches Verbot hat sich nur auf dem Gebiete des Strafrechtes als Analogieverbot hinsichtlich der Ausdehnung der Verbrechenstatbestände und der Strafen erhalten. Das liegt aber wohl nicht in ihm selbst, sondern in der Natur des Gegenstandes, und man könnte m. E. unter der Voraussetzung richtiger Interpretation dieses Analogieverbot streichen, ohne dadurch an dem Rechtszustande etwas zu ändern. Es gibt für die Induktion keine andere Grenze als die Notwendigkeit der gefundenen Merkmale. Und in allen Fällen, in denen es zu keiner Induktion kommen kann, steht ihr diese Notwendigkeit und nur diese Notwendigkeit im Wege.

Im Strafgesetze kommt es zu einer ausschliesslichen Aufzählung der Verbrechenstatbestände und Strafen nicht anders wie es in dem oben zitierten § 52 R.St.G.B. zu einer ausschliesslichen Aufzählung der Gruppen von Angehörigen, nicht anders wie es in den §§ 1565—1569 B.G.B. zu einer ausschliesslichen Aufzählung der Scheidungsgründe kommt. Hier ist nirgends eine Induktion möglich. Es ist hier überall ein notwendiges Merkmal der fraglichen Begriffe (Verbrechen Strafen, Angehörige, Scheidungsgründe), dass sie in der Aufnahme von Spezies durch eine

---

[47]) Gesetzliche Vorschriften über Interpretation sind, obwohl freilich auch sie Grundlagen für die Erfassung des Gesetzes im Zusammenhange abgeben, fast durchgängig wertlos. Es wurden daher ganz richtig aus dem B.G.B. bei der zweiten Lesung die Interpretationsregeln ausgeschieden. Auch der berühmte Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, dessen den Richtern gegebene Erlaubnis zur Rechtschaffung übrigens keine Anhängerschaft an die freirechtlerische Bewegung, sondern vielmehr ein Überbleibsel früherer Verhältnisse darstellt, (hierüber vergl. man A. Egger, Das schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil., Jahrg. 1908, S. 120 f.) ist meines Erachtens völlig überflüssig. Wo die Grundlagen zu solcher Rechtsschaffung fehlen, bringt auch eine diesbezügliche Vorschrift keine solche hervor, wie man an den Bestimmungen des § 7 des österreichischen a. b. G.B. sehen kann. (Man vergl. Unger, System des öst. allg. Privatrechts, 1. Aufl., Leipzig 76, Bd. 1 S. 70 f.)

andere Instanz beschränkt werden, welche bald nur durch die Rücksicht auf die notwendige Gleichförmigkeit und Leichtigkeit der Anwendung — die Praktikabilität (so auch im Falle zahlenmässiger Fixierungen) — bald durch den Schutz des moralischen Wertes der Ehe, bald durch das bessere Recht des Individuums gebildet werden. Hier ist „Tatbestandsmässigkeit" (Beling) vonnöten. (Seitdem die sozialistischen Gedanken über die individualistischen gestellt werden, macht sich eine Bewegung zugunsten der Zulassung induktiver Bearbeitung aller Teile des Strafgesetzes geltend.)[48])

Würde hier überall die fragliche zweite Instanz fehlen, so könnte kein Analogieverbot, es könnte keine enumerative Aufzählung etwas gegen die Induktionen vermögen. Auch die Einfügung eines „nur" in die Aussprüche, von der man sich zu einer Zeit, da man das Recht irrtümlicherweise als durch den historischen Willen einzelner Menschen erzeugt glaubte, annahm, dass sie die Wirksamkeit des argumentum e contrario herbeiführen könne, wäre da wirkungslos. Die häufige Verwendung des Wortes „nur" hätte zur Folge, dass es als zufälliges aus dem Gesetze ausgeschieden würde, und dass es das ganze Gesetz dadurch in Misskredit brächte. Es gibt eben gegen die Induktion nur eine Wehr, den Charakter der Notwendigkeit von Merkmalen, und nur mit dieser, nur mit der Hinweglassung alles Überflüssigen, Zufälligen, Widerspruchsvollen kann sie der Gesetzestechniker bezwingen.

Durch diese Hinweglassung des Überflüssigen werden erstens Induktionen, welche irrtümlicherweise eben dieses Überflüssige als Notwendiges hinstellen und dadurch unberechtigterweise zum Ausschluss desjenigen führen, was doch zum Notwendigen gehört, völlig unmöglich gemacht, zweitens aber gewinnt auf Grund der gleichen Veranlagung des Gesetzestechnikers und der Rechtsuntertanen jedes Gesetzeswort einen Wert, der es zum Bollwerk gegen Induktionen macht, die dieses Gesetzeswort nicht berücksichtigen wollen. Die Worte werden da wenigstens in je einem ihrer Merkmale die Grenze der Induktionen bilden.

[48]) In einem interessanten Gegensatze hierzu steht es, dass im Lager der Sozialdemokraten kasuistische Fassung der Gesetze verlangt wird (Oborniker, Strafrecht und Strafvollzug im Lichte der deutschen Sozialdemokratie, Gross, Archiv, Jahrg. 1908, S. 8 ff.), was dem Irrtume entspringt, dass dadurch die induktive Interpretation beseitigt wird, und was in dem Misstrauen gegen die der Partei nicht angehörigen Richter begründet ist.

Der Gesetzestechniker muss also alles Überflüssige, Zufällige, Widerspruchsvolle aus dem Gesetze auslassen und er darf darin nur das Notwendige, Einstimmige zurückbehalten, das heisst, er muss bei Formulierung seiner Aussprüche bis zur höchstmöglichen Stufe der Abstraktion vordringen.

Dieser Regel gegenüber scheint es unerlässlich, kurz die Bedeutung der rechtlichen Notwendigkeit zu fixieren. Notwendig ist jedes Tatbestandsmerkmal, das die zugehörige Rechtsfolge begründet, und notwendig ist jedes Merkmal der Rechtsfolge, das eine Folge des Tatbestandes darstellt. Mit dieser Aussage ist freilich nicht viel gewonnen. Es muss versucht werden, in der Rechtswirklichkeit resp. in der bloss vorgestellten Rechtswirklichkeit wenigstens für die Hauptmasse der Fälle ein verlässliches Kriterium für den Charakter der Notwendigkeit zu finden. Und da bietet sich denn die Widerspruchslosigkeit als solches dar. Folgen auf die Tatbestandsmerkmale a b c in der ganzen Rechtswirklichkeit immer die Rechtsfolgemerkmale A B C, so sind all diese Merkmale rechtlich notwendig. [Natürlich kann ein besonderes anderes Tatbestandsmerkmal den Wegfall eines Rechtsfolgemerkmals nach sich ziehen. (IV. B.)] Im Hinblick auf das grosse Untersuchungsfeld kann unbedenklich die Widerspruchslosigkeit der Notwendigkeit und das Widerspruchsvolle dem Zufälligen und Überflüssigen gleichgesetzt werden. (Die Reinigung unklarer Vorstellungen durch Beispiele oder Merkmalsangaben kann nicht als etwas Überflüssiges angesehen werden.) Das Wesentlichste liegt für den Gesetzestechniker darin, dass der Widerspruch in dem Gesetze selbst den Interpreten zu einer Induktion zwingt, der Widerspruch zwischen den Gesetzen und einer eintretenden Rechtswirklichkeit entweder das Gesetz aufhebt oder es nur nach weiterer Induktion bestehen lässt.

Je weitsichtiger der Gesetzestechniker ist, um so weniger wird es zu solchen Induktionen kommen, um so richtiger wird sein Gesetz sein.[49])

---

[49]) Es ist interessant, dass vielfach daran gedacht wurde und gedacht wird, dass ein konkreter abgefasstes Gesetz die Freiheit des Interpreten einenge. Richtig ist, dass nur die abstrakteste Fassung gegen Übergriffe der Interpretation schützt, indem sie derselben keine überflüssigen und von ihr wegzulassenden Merkmale angibt. Es wird hier, wie so oft, fälschlich die abstrakte Fassung des Gesetzes mit dem freien Ermessen identifiziert.

3. Die Expansivität, die in deduktiver Richtung wirkt, ermöglicht es, alle Spezies der Aussprüche bis zu den Erscheinungen des täglichen Lebens herab, dem Rechte zu unterwerfen.

Sie knüpft dort an, wo die induktive Bearbeitung des Gesetzes aufgehört hat, und sie dient von da ab der Anwendbarkeit der Rechtsnormen auf den konkreten Fall.

Dies kann sie allerdings nur dann, wenn sie von Aussprüchen ausgeht, die der Kette: Tatbestand — Rechtsfolge zugehören, denn ein normfreies Geschehen in Raum und Zeit muss die Voraussetzung des Eintrittes der Norm in die Wirklichkeit bilden. (S. 85 f.) Eine weitere Ausführung dieses Erfordernisses erübrigt sich nach der Hervorhebung dessen, dass ein Satz, der kein Glied in der Kette Tatbestand — Rechtsfolge bildet, nicht als Mittel dem Ausdrucke des notwendig hypothetischen Rechtssatzes dienen kann.

Dagegen ist an dieser Stelle ein näheres Eingehen auf die leichtere oder schwerere Anwendbarkeit von wirklichen Aussprüchen (von Teilen der Rechtsverkörperung) notwendig.

Ein formulierter Rechtssatz ist dann leicht anwendbar, wenn seine Tatbestandsmerkmale in den Erscheinungen des täglichen Lebens leicht wiederzufinden und wenn die Rechtsfolgen leicht ausführbar sind. Berührt die ganze Frage bis zu einem gewissen Grade auch die Rechtspolitik, so trifft sie doch auch gesetzestechnischen Boden. Sie hat mit der Klarheit und Eindeutigkeit, die unter I. B. und I. D. behandelt wurden, nur insoferne zu tun, als die Klarheit der Aussprüche eine notwendige Voraussetzung ihrer leichten Anwendbarkeit, die Eindeutigkeit derselben aber eine notwendige Voraussetzung ihrer natürlich auch erstrebenswerten gleichmässigen Anwendbarkeit bildet. Die Frage der Praktikabilität der Rechtssätze, wie sie nach I h e r i n g, Geist I, S. 51 und II 2, S. 328, genannt werden soll, ist aber im übrigen von jener nach ihrer Klarheit und Eindeutigkeit völlig unabhängig. Wird, um bei I h e r i n g s Beispielen zu bleiben, das zurückgelegte 25. Lebensjahr als Voraussetzung der Volljährigkeit angenommen, statt der nötigen Einsicht und Charakterfestigkeit, die einen dazu befähigen, seinen Angelegenheiten selbständig vorzustehen, oder wird die Voraussetzung der Verjährung an eine Zahl geknüpft, so geschieht das deshalb, weil der Verlauf einer bestimmten Anzahl von Jahren leichter zu konstatieren ist, als der wirkliche Grund der Volljährigkeit und der Verjährung, selbst wenn dieser Grund noch so klar und eindeutig formulierbar

wäre. Es handelt sich hier nur darum, dasjenige, was im täglichen Leben oft und daher leicht festgestellt wird (z. B. Zeitabschnitte), unter die Merkmale von Aussprüchen aufzunehmen, anstatt dessen, was meist gar nicht oder nur schwer zu konstatieren wäre. Die allgemeine Einübung ist hier massgebend — das tägliche Leben ist der Lehrer. Es wirkt dasselbe Prinzip, das in Abschnitt I. D. anlässlich der Behandlung der Eindeutigkeit Erwähnung fand. Das Gebräuchlichste ist das Eindeutigste und das Praktikabelste. Es ist wohl selbstverständlich, dass nicht nur Quantitäts-, sondern auch Qualitätsangaben der Praktikabilität des Rechts dienen können.

Die Praktikabilität ist für das Recht so wichtig, dass manche Schäden — Einzelabweichungen vom wahren Grunde der Bestimmungen — mit in Kauf genommen werden.[50]) Sie ist so wichtig, dass manche neue Rechtsgedanken nicht früher über die alten siegen, als sie das nötige Mass von Praktikabilität gewonnen haben. Die Subjektivierung im Strafrechte und die freie Beweiswürdigung haben erst Eingang gefunden, nachdem man den Richtern eine allgemeinere psychologische Kenntnis zutraute und in dieser die Garantien für die Praktikabilität der entsprechenden Bestimmungen fand. Und doch: Wie wenig praktikabel sind auch heute die Bestimmungen über die subjektive Tatseite im Vergleich zu jenen über die objektive! Werden sie doch in unzähligen Fällen kaum beachtet! Und würde auch die objektive Tatseite so wenig praktikabel geregelt wie die subjektive, so wäre wohl ein solches Strafrecht mangels der Praktikabilität geltungsunmöglich — also nicht Recht.

So wenig die Erzeugung klarer und eindeutiger Vorstellungen (I. B. u. D.) durch ein hohes Mass von Abstraktion gehemmt wurde, so wenig ist auch die Praktikabilität im allgemeinen von der Höhe der Abstraktion abhängig.[51]) Einen schlagenden Beweis dafür bietet die Zahl. Wie allgemein und wie praktikabel ist sie zu gleicher Zeit! Die oben angeführten Beispiele I h e r i n g s zeigen, dass ohne jede Änderung der Höhe der Abstraktion eine Bestimmung bald praktikabel, bald aber nicht praktikabel sein kann, je nachdem sie an Voraus-

[50]) Unter diesen Gesichtspunkt gehört auch der Formalismus im Rechte (man vergl. hierüber I h e r i n g , Geist II 2, S. 470 ff.) und die praesumptio (man vergl. hierüber K o h l e r , Technik S. 363 ff. und B e k k e r , System S. 11 f.).

[51]) Es wurde oft das Gegenteil davon angenommen, so z. B. von I h e r i n g , Geist I S. 53, der allgemein mit innerlich, und konkret mit äusserlich zu identifizieren scheint.

setzungen geknüpft ist, die im täglichen Leben leicht feststellbar sind oder nicht. Dann freilich, wenn sehr abstrakte Vorstellungen in den konkreteren nur schwer aufzufinden sind, dann kann ein Satz durch konkretere Gestaltung leichter anwendbar gemacht werden. Ein Beispiel für notwendige Konkretisierung bieten die „Grundrechte", die seit 1776 auftauchten. Sie blieben zum Teil völlig wirkungslos, weil die abstrakten Begriffe, die sich an sie anschlossen, im Leben nicht auf sichere Grundlagen trafen. Die „Grundrechte" müssten in merkmalsreichere Rechte aufgelöst — sie müssten konkretisiert werden, um praktikabel zu sein.

Gegen die allzuhohe Abstraktion richtet sich aber ein anderer Einwand, der hier abzuhandeln ist. Die Expansivität, welche in deduktiver Richtung wirkt, unterstellt einem Ausspruch alle die unzähligen Fälle, in welchen sich die Ausspruchsmerkmale wiederfinden.[52] Sie ist vom Gesetzestechniker schlechthin unüberblickbar, denn keine Fantasie reicht dazu aus, die Gestaltungen des Lebens vorherzusehen. (Diese Bemerkung, die so oft in der Literatur in dem falschen Zusammenhange auftauchte, ein Gesetz könne infolge der die Fantasie überbietenden Reichhaltigkeit des Lebens nicht „vollkommen" sein und müsse daher „Lücken" enthalten, wird hier an die richtige Stelle gesetzt.)[53] Aus

[52]) Dass von denjenigen Autoren, welche für das Recht die philologische Interpretation fordern, die Expansivität der Aussprüche nicht zugegeben wird, ist bekannt. Nicht uninteressant ist es, dass einige Spezialfragen auch im sozialdemokratischen Lager dahin geführt haben, die Psyche des Gesetzgebers höher zu stellen als das Gesetz. So sagt H e i n e , Koalitionsrecht und Erpressung, Arch. für soziale Gesetzgebung und Statistik, herausgeg. von Heinrich Braun, Jahrg. 1903, S. 617: „Aus den Gesetzen kann man nicht alles folgern, was sich nach Sprache und Logik noch aus ihnen deduzieren lässt, sondern ihre Anwendung ist an den Willen des Gesetzgebers gebunden, aus dem sie stammen. Nicht nur was diesem entgegensteht, darf man aus ihnen nicht folgern, sondern auch das nicht, wovon nicht feststeht, dass der Gesetzgeber es sich als Konsequenz vorgestellt hat". Der wunderliche letzte Satz würde, sofern man aus ihm alles folgert, was sich nach Sprache und Logik deduzieren lässt, ergeben, dass kein einziger Rechtsfall nach Gesetz entschieden werden könnte, weil ja kein Gesetzgeber die Zukunft vorhersehen kann. Versteht man diesen Satz a b e r mit Rücksicht auf den Geist des Verfassers, so ist es unerklärlich, warum ein Gesetz nicht die Form wissenschaftlicher oder künstlerischer Bücher hat.

[53]) „Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur . . ." (J u l i a n u s , L 10 D. de legibus 1, 3.) „Angustia prudentiae humanae, casus omnes, quos tempus reperit, non potest capere." (B a c o , exemplum tractatus de justitia universali sive de fontibus juris, aphor. 10.) Ähnlich auch L e i b n i t z , ratio corporis juris reconcinnandi § 15.

der Tatsache der Unübersehbarkeit ihrer Konsequenzen folgt aber noch keineswegs die Unanwendbarkeit einer abstrakten Regel. Zu Regeln kommt es ja überhaupt erst, nachdem man in die allgemeinen Gründe menschlicher Handlungsweise so weit vorgedrungen ist, dass die abstrakte Regel dem konkreten Handeln gegenüber grössere Sicherheit verbürgt (S. 92). Die Unübersehbarkeit der Konsequenzen geht also gewiss nicht mit ihrer Unerwünschtheit Hand in Hand. Es wird dem Gesetzestechniker genügen, einen grossen Teil der Wirkungen seiner Aussprüche übersehen zu können, und das wird dann der Fall sein, wenn seine Aussprüche den Aussprüchen des bestehenden Rechtes des eigenen Staates und anderer Staaten nicht zu unähnlich sind. Solange die Abstraktion der neuen Gesetzesaussprüche jene der alten nicht wesentlich übersteigt, solange ist dem Gesetzestechniker durch die bestehende Rechtswirklichkeit ein ausreichender Einblick in die Wirkungen seiner Aussprüche verstattet. Entfernt er sich von dem bestehenden Rechte zu weit, dann freilich geht er nicht mehr sicher.

Es versteht sich, dass das bestehende Recht dem Gesetzestechniker nur insofern ein Richtmass für die von ihm einzuhaltende Höhe der Abstraktion abgeben kann, als es die von ihm gewünschten Wirkungen zeitigte. Die oben erwähnten Grundgesetze wird er sich nicht als Muster nehmen dürfen. Auch dort, wo im bestehenden Rechte Aussprüche sich den Namen der „Kautschukparagraphen" verdient haben, wird er zu untersuchen haben, ob diesen Aussprüchen ohne oder nur mit Verringerung der Abstraktion die nötige Festigkeit und Praktikabilität verliehen werden kann. Nur in wenigen Fällen dürfte der Gesetzestechniker gezwungen sein, kasuistischer vorzugehen als sein Vormann. Meistens wird er die Abstraktion weiter führen können als er, denn wachsende Kultur bringt höhere Abstraktion mit sich.[54]) Wenn ihm aber im allgemeinen die Regel gegeben wird, sich nicht zu sehr über die Abstraktion der bisherigen Rechtssätze zu erheben, so wird praktisch darin kein Gegensatz zu der unter III. A. ausgesprochenen Forderung höchstmöglicher Abstraktion gefunden werden können, weil die Rechts-

---

[54]) Wundt, Sprache II S. 276 ff.; Wach, Legislative Technik S. 38; Arnold, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865, S. 294 u. 306; Günther, Recht und Sprache S. 6; Gross, Aufsätze, 1902 S. 9; Ihering, Geist II 2, S. 421 f. Sehr interessant ist in diesem Zusammenhange der konkrete Charakter des neuen bürgerlichen Gesetzbuches für Montenegro. (Dickel, Gesb. f. Montenegro, insbesondere S. 45 f.)

entwicklung und die Einsicht in das Recht ja doch nicht sprunghaft, sondern stetig fortschreitet.[55])

Es sei im übrigen hier beiläufig erwähnt, dass der Vorwurf der „Kasuistik" nicht immer nur den Gesetzestechniker trifft, sondern

---

[55]) Hiermit scheinen mit Zitelmanns Fragen (D. J. Z. 1900, 331): „Wie weit soll" ein Gesetz „in der Kasuistik gehen?" und „Soll es einzelne Hauptfälle nennen und der Jurisprudenz die Analogiebildung überlassen oder soll es möglichst allgemein sprechen, so dass die Einzelentscheidungen durch Deduktion findbar sind?" etwa im Sinne Zitelmanns, Kunst S. 23 ff., beantwortet. Ohne die richtige Einsicht in ihren Zusammenhang wurden in der Literatur wiederholt Forderungen nach höchstmöglicher Abstraktion, nach Vermeidung von Widersprüchen, nach Auslassung des Überflüssigen, nach Aufnahme nur des Notwendigen, Wesentlichen in die Gesetze geltend gemacht. Nur selten wird die Einheitlichkeit dieser Ansprüche erkannt. Die folgenden Zitate vereinigen alles, was im Sinne der hiesigen Ausführungen zusammengehört: In etwa gleiche Richtung wie der Text scheint Genys unklare Forderung (Technique S. 1036, 1037 II, 1012) den Gesetzestechniker bezüglich der einzuhaltenden Höhe der Abstraktion zu weisen. von Liszt, Aufsätze II S. 375, spricht sich im Sinne des Textes gegen „kasuistische Fassung" und für das Zurückgehen auf „einheitliche Begriffe" im Zusammenhange mit der Forderung nach Beseitigung von Widersprüchen aus. Die Folgerichtigkeit wird von Wach, Legislative Technik S. 3, als „elementare Anforderung der Technik" bezeichnet. Über die Widersprüche bei Aufnahme unwesentlicher Merkmale — Kasuistik — findet man dort (S. 38 ff.) lehrreiche Beispiele. (Man vergl. dort auch S. 6, 13 37, 55 und 69.) Bei Kohler findet sich auch der Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit alles Überflüssigen und der Höhe der Abstraktion, die der Gesetzestechniker einzuhalten hat. „Fehlerhaft ist alles Überflüssige; fehlerhaft ist es namentlich, aus einem Gesamtrechtssatz eine Einzelheit herauszunehmen, was sehr leicht zu dem Irrtum führt, als ob nur diese Einzelheit gelte und diese etwas besonderes wäre." (Technik S. 373.) In gleichem Sinne behandelt Kohler die Verweisungen „die man hätte weglassen können" (ebendort S. 355). „Vom idealen Gesetzbuch verlangen wir, dass ihm der Überfluss ..... fremd sei ....; im besten Falle erschwert er die Übersicht, häufig schadet er noch mehr, bewirkt Undeutlichkeit und Widersprüche, Zweifel und Kontroversen." (Bekker, System S. 13. Man vergl. hierzu Bekkers weitere Ausführungen bis S. 21.) Weglassung des Überflüssigen fordert auch Gierke, Entwurf S. 54 f. Vor kasuistischer Behandlung warnt Stooss, Geist d. m. Strggg. S. 23, und Wurzel, Das juristische Denken, Wien 1904, S. 83 f. Eine hohe Stufe der Abstraktion befürwortet Źródłowski, Codificationsfragen S. 6. Nach Ihering, Geist II 2 S. 353, hat die „prinzipielle Gestaltung" der Gesetze vor der „kasuistischen" den Vorzug, dass sie dem Gesetze der Sparsamkeit — der logischen Konzentration — dient. Gleiches wie der Text verlangt offenbar Trendelenburg, Naturr. S. 172, verbo „wesentlich". Mohl, Politik I S. 429, fordert blosse Feststellung der leitenden Grundsätze. Vorzügliche Beispiele für die Wirkung des Überflüssigen im Gesetze findet man bei Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 54—198. Für

manchmal auch den Rechtspolitiker. Will z. B. das zukünftige Strafrecht die Bestimmung des Strafausmasses von subjektiven Umständen in der Art unabhängig stellen, dass es nur absolute Strafen duldet (so dass also die genaue Strafbestimmung ein notwendiges Rechtsmerkmal

---

prinzipielle Gestaltung sprach sich die am 24. 2. 1874 eingesetzte Vorkommission zur Ausarbeitung eines Planes zu einem B.G.B. aus. (Man vergl. Schwartz, Gesch. der privatr. Kodifikationsbestrebungen S. 157.) In unverständlicher Weise verlangte sie allerdings neben Angabe der „leitenden Prinzipien" auch Regelung der „wichtigsten Folgesätze" (ebendort S. 157). Roguin, Observations S. 115, will in das Gesetz nicht nur die allgemeinen Regeln, sondern auch deren Konsequenzen aufgenommen sehen. Daran nicht genug, betont er auch noch die Notwendigkeit eines offiziellen, mit Gesetzeskraft ausgestatteten Kommentars (dort S. 116). Ihm kommt es allerdings auf den Willen des Gesetzgebers an (dort S. 79), und jedes Mittel, diesen aufzufinden, muss ihm gleich gelten. Wie es aber bei diesen Auffassungen noch dazu kommen soll, dass jeder „homme d'affaires instruit" sich über das Zivilrecht Klarheit verschaffen könne (dort S. 112), scheint mir unerfindlich. „Semper specialia generalibus insunt." (Gaius L 147 D. de regulis iuris 50, 17.) Gegen Widersprüche im Gesetze, sowie gegen das Überflüssige in demselben spricht sich Hotmann aus (Antitribonianus, Lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, Cap. XII, S. 159 und S. 161). Für die legum concordantia tritt Baco ein (tractatus de justitia universali sive de fontibus juris Aphor. 54). Er verlangt Ausscheidung der Widersprüche (Aphor. 57 und The Works of ... London 1740, Vol. IV S. 5). Conring, de origine juris germanici Helmstedt 1649, Cap. XXXIV, S. 205, verlangt Sammlung des Rechtes in einem Libellus „inutilibus resectis". Gegen die Widersprüche wendet er sich a. a. O. S. 208 f. und 212. Gegen die Widersprüche und das Überflüssige in den Gesetzen wendet sich Leibnitz. (Man vergl. Baron F. H. Antitribonian, S. XXVIII.) Montesquieu verlangt — wenn auch in vielleicht anderem Sinne —, dass der Gesetzgeber nur Notwendiges in sein Gesetz aufnehme. „De pareils details jettent dans de nouveaux details", (Esprit, livre XXIX, chap. XVI.) Vor dem Eingehen in „allzugenaues Detail" warnt das kaiserliche Handschreiben Maria Theresias vom 4. 8. 1772, indem es gleichzeitig vorschreibt, dass „die Gesetze soviel als möglich simplificiert" werden. (Pfaff-Hofmann, Comm. S. 15.) Konform ist die Ansicht Zeillers (ebendort S. 48). Gegen das Überflüssige und die Widersprüche in den Gesetzen wendet sich die Kabinettsordre Friedrich des Grossen vom 14. 4. 1780 (Baron F. H., Antitribonian S. XLIII). „L'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du Droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière", sagte Portalis. (Geny, Technique S. 1009.) Allgemeine Gesetze verlangt Filangieri, System der Ggg. S. 197. Einstimmigkeit der Gesetze verlangt Bentham, Grundsätze I S. 211. Kierulff, Theorie des Gemeinen Civilrechts, Altona 1839, S. XXI, hebt hervor, dass feine Detailbestimmungen Inkonsequenzen und Irrtümer bringen. Ähnlich Kitka, der auch die Folgerichtigkeit und Widerspruchslosigkeit der Gesetze fordert. (Verfahren S. VI, 13, 62.) „.... das französische Sprichwort: En multipliant les lois on

ist), so muss der Gesetzestechniker, ob er will oder nicht, inhaltsreiche und umfangarme Tatbestände aufstellen.

Aus der Expansivität, die in deduktiver Richtung wirkt, folgt, dass eine Angabe der Konsequenzen der Aussprüche überflüssig ist. Nach III. A. 2. hat das Überflüssige aus dem Gesetze auszubleiben. Nicht überflüssig ist die Angabe von Konsequenzen, wenn sie nur beispielsweise zur Erhöhung der Anschaulichkeit eines sonst wenig anschaulichen Satzes (zur Erhöhung der Klarheit, Eindeutigkeit und Praktikabilität) geschieht. Diese Beispielsangabe muss sich natürlich als solche kundgeben.[56])

---

multiplie les procès ist insofern wahr, als das möglichst erschöpfende Normieren aller erdenklichen Fälle nur neue Zweifel und Kontroversen über das kasuistische Gebiet der Gesetzgebung hervorruft." (K i t k a, Verfahren S. 56.) F e u e r b a c h hebt hervor, dass eine kasuistische Gesetzgebung „eben durch ihre Ausführlichkeit unvollständig und voll Lücken sei". (Kritik S. 11.) W e i s k e, Rechtslexikon, Bd. IV S. 759, 762, 767, tritt für die nötige Abstraktion, für Vermeidung des Unnötigen, oder gar Unvereinbaren und Widersprechenden ein, sowie gegen ausdrückliche Anführung der Konsequenzen der Aussprüche. Vermeidung der Kasuistik unter blosser Anführung der „Hauptmerkmale" fordert M i t t e r m a i e r, Die Strggg. S. 12. Nach B e s e l e r, Volks- und Juristenrecht S. 360, gehören nur die leitenden Rechtsprinzipien in die Gesetze; er warnt vor Kasuistik (S. 235) und erklärt sich gegen Anführuug der Konsequenzen im Gesetze (S. 360). In der prinzipiellen Gestaltung des Rechtes sieht H e g e l den Vorzug des Gesetzesrechtes vor dem Gewohnheitsrechte. (Grundlinien der Phil. d. Rechts, Gans, Berlin 1830, S. 272, 279.)

[56]) „Dagegen wird die Ausdrucksweise konkretisiert und ungemein lebendig gestaltet durch Wendungen wie „Weib und Kind", „Weg und Steg", „Wald und Weide", „ungeteilt und insgesamt", „in guten Treuen" und durch die Ergänzung allgemeiner Sätze und Umschreibungen mit Beispielen: Der Kultur nicht fähiges Land „wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletscher", Bildung neuen Landes „durch Anschwemmung, Anschüttung, Bodenverschiebung, Veränderungen im Laufe oder Stand eines öffentlichen Gewässers", Vorrichtung zur Abgrenzung zweier Grundstücke „wie Mauern, Hecken, Zäune" ......" (E g g e r, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 1908, S. 118.) Der Wert der erstangeführten Redewendungen, welche eine weder durch wünschenswerte Klarheit noch durch angestrebte Allgemeinverständlichkeit erforderte Aufnahme künstlerischer Bestandteile der Volkssprache darstellen, erscheint mir sehr zweifelhaft. Dagegen ist die Verwendung von Beispielen ein vorzügliches Mittel für eine richtige Auffassung der ausgesprochenen höchsten Rechtsgrundsätze, sofern dabei nicht das Mass des Nötigen überschritten wird. Man vergl. K o h l e r, Technik S. 347, und seinen dortigen Hinweis auf den „Bilderschmuck" der Teresiana. Zu diesem „Bilderschmuck" will offenbar R o g u i n, Observations S. 113, zurückführen. Für das „alte treffliche Mittel der Exemplifikation" spricht sich W a c h, Legislative Technik S. 41, aus. „Beispiele

B. Die Affinität der Aussprüche.

Die Affinität stellt jene Eigenschaft der Aussprüche dar, derzufolge sie sich anziehen (assoziativ), wenn sie ein oder mehrere der jeweils wichtigen Merkmale gemeinsam haben (wenn sie miteinander „etwas zu tun haben").[57]) In irgend welchen Merkmalen stimmen natürlich alle Aussprüche als Bestandteile des Rechtes überein und kommt es eben darauf an, alle Bestandteile des Rechtes zu sammeln, so sind alle diese Aussprüche miteinander affin. Nimmt man aber einen andern Standpunkt ein, z. B. den der Entscheidung eines konkreten Falles, dann gruppieren sich im Rahmen sämtlicher Aussprüche eben jene, auf die es ankommt, während alle andern abgestossen werden. Die Eigenschaft der Affinität beruht auf der Bedeutungsassoziation. Sie ist bei dem Rechte deshalb besonders hervorzuheben, weil der logische Charakter des Rechtes die Bedeutungsassoziation zu der bevorzugten macht, während bei wissenschaftlichen und künstlerischen Werken (sowie bei einem vorgestellten Kodex der Religion, Moral und Sitte) eine Bedeutungsassoziation nur dann zulässig ist, wenn sie bei der noch massgebenden Persönlichkeit (dem Autor, Gott, dem sittlichen Subjekt, den Sittenrichtern) schon eine Berührungsassoziation war. Der behaupteten Affinität entspricht die Aussage, dass der Interpret nur die Rechtsverkörperungen und diese nur nach den Regeln des Denkens zu bearbeiten habe. Wenn es wahr ist, dass sich alle Aussprüche nach Gleichheit und Verschiedenheit ihrer Merkmale gruppieren, so muss es im Endeffekt gleichgültig sein, in welches System geordnet sie vorliegen, ja es muss gleichgültig sein, ob sie überhaupt geordnet sind oder nicht. Beides ist in der Erfahrung bestätigt. Die Systeme, die in den verschiedenen Gesetzbüchern verwirklicht sind, differieren durchaus voneinander, ohne dass in der Rechtsbearbeitung zusammengehörige Rechtsteile

---

zur Erläuterung der Gesetze anzuführen, ist nur in solchen Fällen zweckmäßig, wo mit Grund zu besorgen ist, dass ohne Anführung dieser Beispiele, das Gesetz auf verschiedene Arten ausgelegt und angewendet werden wird." (Kitka, Verfahren S. 116.) Man vergleiche hierzu noch Zitelmann, Kunst S. 28 ff.

[57]) Von einer „inneren Affinität" des „logisch Verbundenen" spricht auch Wundt, Sprache II S. 354. Eine „Tendenz der Rechtsnormen selbst als eine auf Zusammengehörigkeit gerichtete" nimmt Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. I, Leipzig 94, S. 183, an. Steinthal, Einleitung in die Psychologie und Sprachwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1881, S. 115, spricht von einem Gesetz der Attraktion, demzufolge die psychischen Faktoren das Streben haben „miteinander in Verhältnis und Verbindung zu treten". Ähnliches berührt Gierke, Entwurf S. 93—94.

sich deshalb nicht finden würden, und die Tatsache der Existenz von Gewohnheitsrecht und Einzelgesetzen spricht dafür, dass die Affinität der Rechtsbestandteile jede Wirrnis besiegt.

Nun fragt es sich, ob es ohne Veränderung des Rechtszustandes möglich wäre, z. B. die Ordnung der Paragraphen des B.G.B. durchaus zu verwirren. Unter der Voraussetzung, dass auf die in der bisherigen Ordnung selbst liegenden Aussprüche (II. B.) nicht vergessen würde, muss die Frage bejaht werden. Es ist zweifellos möglich (es sei hier wieder an das Gewohnheitsrecht erinnert), ohne jegliche innere Ordnung die Rechtsbestandteile aufeinander folgen zu lassen, ohne dadurch die Systembildung in den Bearbeitern des Rechtes zu verhindern.

Ähnliche Erwägungen haben dazu geführt, den Unterschied zwischen wissenschaftlichen Werken und Gesetzen auch hinsichtlich der dort notwendigen, hier aber weniger bedeutsamen Systembildung zu betonen. Soll dieser Unterschied auch hier zugegeben werden, so muss doch gleichzeitig darauf hingewiesen werden, dass ein Gesetz, in dem die Vorschriften ohne jede Ordnung aufeinander folgen sollten, zahlreiche Unzukömmlichkeiten mit sich führen würde. Das Gesetz würde vor allem viele Worte aufnehmen, deren es so entraten kann. Der Ausspruch des § 174 R.St.G.B. „Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 6 Monaten ein", ist nur durch den in seiner Zugehörigkeit zu § 174 gelegenen weiteren Ausspruch, dass es sich bei ihm um die Verbrechen eben dieses Paragraphen handle, imstande, mit so wenigen Worten die erwünschte Vorstellung hervorzurufen. Wird ihm diese Einordnung genommen, so verlangt der in ihr enthaltene Ausspruch einen besonderen Ausdruck. Die Ordnung der gesetzlichen Aussprüche ist also wortsparend. Sie ist aber nicht nur das, sondern sie ist auch zeitsparend, wenn es sich darum handelt, eine verblasste Erinnerung wieder deutlich zu machen. Sie unterstützt durch mannigfache Berührungsassoziationen das Gedächtnis und sie ermöglicht es, dem Gesetze „volkstümlich" zu sein, indem sie zusammengehörige Bestimmungen, an einem Orte vereinigt. Ordnung muss also im Gesetze nicht sein, aber sie bringt Vorteile, auf die der Gesetzestechniker nicht leicht verzichten kann, ganz abgesehen davon, dass sie ihm selbst bei seiner Arbeit eine wertvolle Stütze ist.[58])

---

[58]) Ähnlich Bekker, System S. 7. „Dass Systematik im Gesetz eines der wichtigsten technischen Hilfsmittel der Sichtung (Übersicht, Beherrschung), Vereinfachung des Stoffs und der Vollwirksamkeit des Gesetzesinhalts ist, leuchtet ohne

Jede Ordnung fordert nun einen bestimmten Gesichtspunkt, und wenn ein und derselbe Stoff verschiedene Gesichtspunkte zulässt, so kann dieser Stoff auch verschieden geordnet werden. So können z. B. die Pflanzen nach dem Gesichtspunkte der Schädlichkeit, der Schönheit, der Nützlichkeit und der wissenschaftlichen Erfassung all ihrer Eigentümlichkeiten geordnet werden. Für den Handelsgärtner wird die Ordnung eines Obstbaumkataloges zeitsparender sein, als jene eines botanischen Werkes. (Dieser Vergleich ist Danz, Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht, Leipzig 1861, S. 55, entnommen.)

Es wäre nun auch denkbar, die Aussprüche nach verschiedenen Gesichtspunkten zu ordnen, wie dies dort geschieht, wo juristischen Laien bestimmter Berufe Vorträge über das Recht gehalten werden. Erscheinen doch selbst dem Kriminalisten die rechtlichen Aussprüche in anderem Zusammenhange als dem Zivilisten oder dem Publizisten.

Die Wissenschaft als die Einheit zusammengehöriger Kenntnisse hat als wissenschaftliche Ordnung immer jene herausgebildet, welche allen Eigentümlichkeiten ihres Gebietes gerecht wird. Von jenen Merkmalen ausgehend, die allen ihren Bildungen gleicherweise zukommen, gruppiert sie ihren Stoff so, dass den allgemeinsten Begriffen die spezielleren nachfolgen u. s. w. bis zu den speziellsten herab. Die wissenschaftliche Ordnung ist die einzige, welche alles ordnet, was ihrem obersten Begriffe untersteht. Es ist demnach klar, dass ein Gesetz, sofern es ein wissenschaftliches Gebiet umspannen will, sobald es Regeln umfasst, die zusammengehören, keine andere Ordnung haben kann als eine wissen-

---

weiteres ein." (Wach, Legislative Technik S. 4.) Die Tendenz der Kodifikationen seit Mitte des 18. Jahrhunderts wendet sich „gegen die formellen Mängel der systematischen Einheit der zerstreuten Rechtsbestimmungen". (Pfaff-Hofmann, Comm. S. 6.) Ihering, Geist II 2, S. 330, sieht in der systematischen Anordnung des Stoffes die Anwendung seines Gesetzes der Sparsamkeit. Der Mangel jeglichen Systems wird von Hotmann, Antitribonianus, lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, Kap. XII, S. 158, dem Tribonian heftig zum Vorwurf gemacht. Ordnung verlangt auch Baco, The Works of ... London 1740, Vol. IV, S. 5. Der meist begeisterte Vertreter der Systematisierung der Gesetze ist wohl Leibnitz, auf dessen Ratio corporis juris reconcinnandi insbesondere §§ 25—71 und 83—101, hier mit dem Vorbehalte hingewiesen werde, dass von der Ordnung der Gesetzesteile doch nicht alles Heil erwartet werden darf. Für ein System im Gesetz tritt auch Coccejus ein. (Baron F. H., Antitribonian S. XL.)

schaftliche und zwar eine rechtswissenschaftliche.[59]) Darüber, dass ein einheitliches System noch fehlt, kann sich der Gesetzestechniker hinaussetzen, denn es kommt ihm die Affinität zu Hilfe, der er ja ohnehin die durch konkrete Fälle erforderte besondere Ordnung überlassen muss. Aber auch der Einwand, dass die rechtswissenschaftliche Ordnung dem Laien die Erfassung des Rechtes erschwere, ist für ihn nicht stichhaltig, denn wenn der Laie überhaupt nur irgend etwas vom Rechte verstehen will, so muss er sich wenigstens ungefähr in die rechtswissenschaftliche Ordnung einfinden können. Es kann also dem Verlangen Danz's (a. a. O. S. 55), der eine von der rechtswissenschaftlichen Ordnung abweichende Ordnung fordert, die nach dem Gesichtspunkte der Praxis (?) gebildet würde, nicht beigestimmt werden. Allerdings soll die Forderung nach einer rechtswissenschaftlichen Ordnung nicht die Forderung der Herstellung einer wissenschaftlich einwandfreien Ordnung beinhalten.[60])

---

[59]) Hiermit scheint mir Zitelmanns Frage (D. J. Z. 1900, S. 331): „Nach welchen Gesichtspunkten soll" das Gesetz „seinen Stoff ordnen?", beantwortet. Für eine rechtswissenschaftliche Ordnung tritt auch Kohler ein (Technik S. 357). Laband, Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, D. J. Z. 1897, S. 132, lobt „die ausserordentlich übersichtliche Anordnung des Stoffes" des schweizerischen Entwurfes, die wohl der von Egger, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 119, hervorgehobenen „glänzenden, ungemein straffen Systematik des Ganzen und der einzelnen Abschnitte" mehr zu danken ist, als den jedem Artikel beigegebenen Überschriften, die ja jeder Privatmann hinzufügen könnte, die aber als Teile des Gesetzes leicht irre leiten. Der Gesetzestechniker soll versuchen, jedem seiner Paragraphen oder Artikel eine Überschrift zu geben, dies aber nur zu dem Zwecke, um hierdurch selbst zu straffer Systematik gezwungen zu werden. Die Übersichtlichkeit und logisch scharfe Einteilung des schweizerischen Entwurfes lobt auch Barazetti, ,Vorentwurf S. 15. Eine rechtswissenschaftliche Ordnung scheint auch Sumner Maine zu verlangen (Etudes sur l'histoire du droit, Thorin 1889, S. 404—409 nach Geny, Méthode d'interprétation S. 97). Eine solche fordert Geny, Technique S. 1012, 1019; Roguin Observations S. 113; Wach, Legislative Technik S. 9 ff.; Haenel, Gesetz S. 164; von Liszt, Aufsätze II S. 424; Kitka, Verfahren S. 13; Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789, S. 152; Leibnitz, Ratio corporis juris reconcinnandi §§ 25—71 und 83—101, und wohl auch Mohl, Politik I S. 446ff.

[60]) Die Wissenschaft „dient zur Erreichung der Vollständigkeit, der Übersichtlichkeit und des Gleichmasses, und wo diese Vorzüge ohne genaue Systematik erreichbar sind, verzichtet das Gesetz wohl auf diese, verletzt sie sogar bewusst: denn nicht Förderung der Erkenntnis, sondern Regelung des Lebens ist sein Ziel". (Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, erste Hälfte, Leipzig 1896. S. 1.) Im Sinne des Textes auch Bekker, System S. 7; Wach, Legislative Technik S. 9ff. zu verschiedenen Malen, und Stooss, Geist d. m. Strggg. S. 23. Ähnlich auch Feuerbach, Kritik S. 29, 51, 53, und selbst Leibnitz, Ratio corporis juris reconcinnandi §§ 44, 53.

Jede Ordnung fordert nun einen bestimmten Gesichtspunkt, und wenn ein und derselbe Stoff verschiedene Gesichtspunkte zulässt, so kann dieser Stoff auch verschieden geordnet werden. So können z. B. die Pflanzen nach dem Gesichtspunkte der Schädlichkeit, der Schönheit, der Nützlichkeit und der wissenschaftlichen Erfassung all ihrer Eigentümlichkeiten geordnet werden. Für den Handelsgärtner wird die Ordnung eines Obstbaumkataloges zeitsparender sein, als jene eines botanischen Werkes. (Dieser Vergleich ist Danz, Die Wirkung der Codificationsformen auf das materielle Recht, Leipzig 1861, S. 55, entnommen.)

Es wäre nun auch denkbar, die Aussprüche nach verschiedenen Gesichtspunkten zu ordnen, wie dies dort geschieht, wo juristischen Laien bestimmter Berufe Vorträge über das Recht gehalten werden. Erscheinen doch selbst dem Kriminalisten die rechtlichen Aussprüche in anderem Zusammenhange als dem Zivilisten oder dem Publizisten.

Die Wissenschaft als die Einheit zusammengehöriger Kenntnisse hat als wissenschaftliche Ordnung immer jene herausgebildet, welche allen Eigentümlichkeiten ihres Gebietes gerecht wird. Von jenen Merkmalen ausgehend, die allen ihren Bildungen gleicherweise zukommen, gruppiert sie ihren Stoff so, dass den allgemeinsten Begriffen die spezielleren nachfolgen u. s. w. bis zu den speziellsten herab. Die wissenschaftliche Ordnung ist die einzige, welche alles ordnet, was ihrem obersten Begriffe untersteht. Es ist demnach klar, dass ein Gesetz, sofern es ein wissenschaftliches Gebiet umspannen will, sobald es Regeln umfasst, die zusammengehören, keine andere Ordnung haben kann als eine wissen-

---

weiteres ein." (Wach, Legislative Technik S. 4.) Die Tendenz der Kodifikationen seit Mitte des 18. Jahrhunderts wendet sich „gegen die formellen Mängel der systematischen Einheit der zerstreuten Rechtsbestimmungen". (Pfaff-Hofmann, Comm. S. 6.) Ihering, Geist II 2, S. 330, sieht in der systematischen Anordnung des Stoffes die Anwendung seines Gesetzes der Sparsamkeit. Der Mangel jeglichen Systems wird von Hotmann, Antitribonianus, lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, Kap. XII, S. 158, dem Tribonian heftig zum Vorwurf gemacht. Ordnung verlangt auch Baco, The Works of ... London 1740, Vol. IV, S. 5. Der meist begeisterte Vertreter der Systematisierung der Gesetze ist wohl Leibnitz, auf dessen Ratio corporis juris reconcinnandi insbesondere §§ 25—71 und 83—101, hier mit dem Vorbehalte hingewiesen werde, dass von der Ordnung der Gesetzesteile doch nicht alles Heil erwartet werden darf. Für ein System im Gesetz tritt auch Coccejus ein. (Baron F. H., Antitribonian S. XL.)

schaftliche und zwar eine rechtswissenschaftliche.[59]) Darüber, dass ein einheitliches System noch fehlt, kann sich der Gesetzestechniker hinaussetzen, denn es kommt ihm die Affinität zu Hilfe, der er ja ohnehin die durch konkrete Fälle erforderte besondere Ordnung überlassen muss. Aber auch der Einwand, dass die rechtswissenschaftliche Ordnung dem Laien die Erfassung des Rechtes erschwere, ist für ihn nicht stichhaltig, denn wenn der Laie überhaupt nur irgend etwas vom Rechte verstehen will, so muss er sich wenigstens ungefähr in die rechtswissenschaftliche Ordnung einfinden können. Es kann also dem Verlangen Danz's (a. a. O. S. 55), der eine von der rechtswissenschaftlichen Ordnung abweichende Ordnung fordert, die nach dem Gesichtspunkte der Praxis (?) gebildet würde, nicht beigestimmt werden. Allerdings soll die Forderung nach einer rechtswissenschaftlichen Ordnung nicht die Forderung der Herstellung einer wissenschaftlich einwandfreien Ordnung beinhalten.[60])

---

[59]) Hiermit scheint mir Zitelmanns Frage (D. J. Z. 1900, S. 331): „Nach welchen Gesichtspunkten soll" das Gesetz „seinen Stoff ordnen?", beantwortet. Für eine rechtswissenschaftliche Ordnung tritt auch Kohler ein (Technik S. 357). Laband, Die Kodifikation des bürgerlichen Rechts der Schweiz, D. J. Z. 1897, S. 132, lobt „die ausserordentlich übersichtliche Anordnung des Stoffes" des schweizerischen Entwurfes, die wohl der von Egger, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 119, hervorgehobenen „glänzenden, ungemein straffen Systematik des Ganzen und der einzelnen Abschnitte" mehr zu danken ist, als den jedem Artikel beigegebenen Überschriften, die ja jeder Privatmann hinzufügen könnte, die aber als Teile des Gesetzes leicht irre leiten. Der Gesetzestechniker soll versuchen, jedem seiner Paragraphen oder Artikel eine Überschrift zu geben, dies aber nur zu dem Zwecke, um hierdurch selbst zu straffer Systematik gezwungen zu werden. Die Übersichtlichkeit und logisch scharfe Einteilung des schweizerischen Entwurfes lobt auch Barazetti, ,Vorentwurf S. 15. Eine rechtswissenschaftliche Ordnung scheint auch Sumner Maine zu verlangen (Etudes sur l'histoire du droit, Thorin 1889, S. 404—409 nach Geny, Méthode d'interprétation S. 97). Eine solche fordert Geny, Technique S. 1012, 1019; Roguin Observations S. 113; Wach, Legislative Technik S. 9 ff.; Haenel, Gesetz S. 164; von Liszt, Aufsätze II S. 424; Kitka, Verfahren S. 13; Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789, S. 152; Leibnitz, Ratio corporis juris reconcinnandi §§ 25—71 und 83—101, und wohl auch Mohl, Politik I S. 446 ff.

[60]) Die Wissenschaft „dient zur Erreichung der Vollständigkeit, der Übersichtlichkeit und des Gleichmasses, und wo diese Vorzüge ohne genaue Systematik erreichbar sind, verzichtet das Gesetz wohl auf diese, verletzt sie sogar bewusst: denn nicht Förderung der Erkenntnis, sondern Regelung des Lebens ist sein Ziel". (Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, bes. Teil, erste Hälfte, Leipzig 1896. S. 1.) Im Sinne des Textes auch Bekker, System S. 7; Wach, Legislative Technik S. 9 ff. zu verschiedenen Malen, und Stooss, Geist d. m. Strggg. S. 23. Ähnlich auch Feuerbach, Kritik S. 29, 51, 53, und selbst Leibnitz, Ratio corporis juris reconcinnandi §§ 44, 53.

Es müssen ja demjenigen, der Rechtskenntnis sucht, auch die Verhältnisse klar werden, in denen die Aussprüche zueinander stehen, bevor er endgültig zur Bildung der relevanten Begriffe schreiten kann. Er muss die Aussprüche nicht nur als solche, sondern er muss sie auch in ihren gegenseitigen Verhältnissen verstehen.

A. Die Einordnung.

Das einfachste Verhältnis, das hier in Frage kommt, ist das der Einordnung. So ist z. B. der oben angeführte Ausspruch des § 52, 2 R.St.G.B. ein Bestandteil aller weiteren Aussprüche, in denen von „Angehörigen" die Rede ist. So ist der Ausspruch über den Tatbestand des Diebstahls und der Unterschlagung aus den §§ 242 und 246 R.St.G.B. ein Bestandteil des Ausspruches des § 248 R.St.G.B. So sind die Aussprüche des ersten Teiles des R.St.G.B.s Bestandteile von Aussprüchen des besonderen Teiles und so ist endlich der Ausspruch des § 146 R.St.G.B. „Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein" ein Bestandteil des ersten Absatzes des § 146 R.St.G.B.

Um die Einordnung von Aussprüchen richtig zu vollziehen, muss man wissen, wo sie zu erfolgen hat. Das kann nun gesagt sein entweder in dem einzuordnenden, oder in dem aufnehmenden, oder in einem dritten Ausspruch, oder aber nur durch die gegenseitige Stellung des einzuordnenden und des aufnehmenden Ausspruches. (In dieser Reihenfolge sind die obigen Beispiele gewählt.) Als kürzester und sicherer Wegweiser empfiehlt sich die Stellung der Aussprüche in Verbindung mit dem in dem Titel liegenden dritten Ausspruche. Dieser wird auch meist angewendet, wenn es sich um oftmals einzuordnende Aussprüche handelt. Sie stehen den aufnehmenden Aussprüchen unter dem Titel allgemeiner Bestimmungen gegenüber. Gut ist auch der bloss in der Stellung der zwei fraglichen Aussprüche gelegene Wegweiser. Doch muss hier darauf geachtet werden, dass er nur dann einen sicheren Anhaltspunkt gewährt, wenn kein dritter Ausspruch, auf den sich der einzuordnende Ausspruch beziehen könnte, mit den zwei fraglichen Aussprüchen in e i n e m Zusammenhange steht, wie dies z. B. in § 123 R.St.G.B. der Fall ist. Einzuordnender und aufnehmender Ausspruch (resp. aufnehmende Aussprüche) müssen allen übrigen Aussprüchen gegenüber ein geschlossenes Ganzes bilden. Ein ausdrücklicher Hinweis wird bei falscher Stellung (§ 52, 2 R.St.G.B.) notwendig und kann wohl meist vermieden werden. (I. A. 5.)

Zu bemerken ist, dass die Einordnung in einen Ausspruch prinzipiell auch die Einordnung in alle Spezies dieses Ausspruches bedeutet.

B. Der Ausschluss.

Das zweite bedeutsame Verhältnis, in dem Aussprüche zueinander stehen können, ist das des gegenseitigen Ausschlusses.

Aus dem österreichischen a. b. G.B.:

§ 354. Als ein Recht betrachtet ist Eigenthum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschliessen.

§ 509. Die Fruchtniessung ist das Recht, eine fremde Sache mit Schonung der Substanz ohne alle Einschränkung zu geniessen.

Aus dem R.St.G.B.:

§ 80. Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser .... verübt worden sind, werden als Hochverrath mit dem Tode bestraft.

§ 53, 1. Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war.

Würden diese Aussprüche vom Standpunkte der Logik aus betrachtet, so müsste man konstatieren, dass sich je die beiden einander gegenübergestellten Urteile widersprechen, dass sie sich ausschliessen, dass sie keinen Sinn, sondern einen Unsinn enthalten. Die Urteile bleiben nur dann bestehen, wenn die Widersprüche durch Einschränkungen gelöst werden. Der Widerspruch „Wenn T (heisst Tatbestand T) so R (heisst Rechtsfolge R)“ und „Manchmal wenn T = wenn T‘, so nicht R = R‘ “ wird in die Einschränkung verwandelt: „Wenn T—T‘ so R (Wenn T‘ so R‘)“. Für das ganze Gebiet des Rechtes besteht der Satz, dass Widersprüche des Ausdruckes (wohl zu scheiden von den unter III. A. 2. erwähnten Widersprüchen) durch Einschränkungen zu lösen sind. Dieser Satz bedeutet eine ganz eminente Erleichterung und Verkürzung der sprachlichen Rechtsverkörperung. Es wäre wohl unmöglich, ohne ihn auszukommen, d. h. bei jedem gesetzlichen Ausspruch sofort alle Einschränkungen aufzuzählen, die dieser Ausspruch bei gleichzeitiger Mitwirkung anderer Momente erfahren kann. Es liegt aber auch ein dringendes Bedürfnis vor, diesem Satze seine volle Geltung dadurch zu erhalten, dass Einschränkungen, die sich durch Widersprüche von selbst ergeben würden, nie ein zweites Mal als Einschränkungen ausdrücklich angeführt werden. Daher sind alle in den neueren Gesetzen

so beliebten Einschränkungen, und zwar sowohl die speziellen als die allgemeinen mit dem Sinne: „so weit nichts anderes bestimmt ist", durchaus fehlerhaft und nur mit einer völligen Unkenntnis gesetzestechnischer Prinzipien vereinbar. Es gilt von ihnen dasselbe, was von den durch die Affinität überflüssig gemachten Verweisungen gesagt wurde.

Die oben angeführten, nach allgemeinen logischen Grundsätzen sinnstörenden nach dem erwähnten Prinzipe aber richtigstellenden Aussprüche haben die wertvolle Mission, Sätzen, die zu weit wirken würden, die richtige Grenze zu setzen, und sie werden im Hinblick auf diese ihre Funktion Grenzaussprüche genannt.

Die Grenzaussprüche können nur dann richtig wirken, wenn einerseits klar ist, dass es sich um etwas rechtlich Unvereinbares, also Widerspruchsvolles handelt, und wenn anderseits feststeht, welches der einzuschränkende und welches der einschränkende Ausspruch ist. Es wird sich wohl in den meisten Fällen beides aus den übrigen Aussprüchen von selbst ergeben. Doch muss der Gesetzestechniker in jedem Falle eines Grenzausspruches prüfen, ob die Voraussetzung seiner richtigen Wirkung gegeben sind, und er muss diese Voraussetzungen eventuell ad hoc schaffen. Die Unvereinbarkeit wird ausdrücklich statuiert werden müssen, wenn es sich nicht wie in den obigen Fällen um direkte Widersprüche, oder wenn es sich nicht, wie z. B. bei Rechtspflicht und Strafe, um selbstverständliche Gegensätze handelt. Ein Fall solcher ausdrücklicher Fixierung findet sich in dem § 50 des österreichischen St.G.B.s: „Bei Todes- und lebenslänglicher Kerkerstrafe findet keine Verschärfung statt".

Die Klarstellung, welcher von zwei widerspruchsvollen Aussprüchen der einzuschränkende, und welcher der einschränkende ist, wird, wenn sie nicht schon in den anderen notwendigen Aussprüchen enthalten ist, sowohl ad hoc ausdrücklich, oder sie wird durch die blosse gegenseitige Stellung der Aussprüche erfolgen müssen. Wird sie ausdrücklich vorgenommen, so kann damit auch gleich die Erklärung der Unvereinbarkeit verbunden sein. Das geschieht in dem oben angezogenen § 509 a. b. G.B. verbo „Fremde". Die Stellung der Aussprüche allein gibt die notwendige Aufklärung dann, wenn der einzuschränkende Ausspruch unmittelbar vor den einschränkenden zu stehen kommt. (Man vergl. Mohl, Politik I S. 442.) Diese Anordnung findet sich häufig in Strafgesetzbüchern hinsichtlich der qualifizierten Tatbestände.

Im Verhältnis zur Grenzsetzung erhält die Beispielsangabe eine ganz eigene Bedeutung. Voraussetzung ist das Bestehen eines Ausspruches, der mehr besagt, als er besagen soll. Diesem Ausspruche muss eine Grenze gesetzt werden. Dies gelingt aber auf der entsprechenden Höhe der Abstraktion nicht in einer alle Zweifel ausschliessenden Weise. Da wird nun beispielsweise die Grenze für merkmalsreichere Fälle eindeutig gezogen. Die bei guten Gesetzen normalerweise eintretende Interpretation kann dann aus diesen einzelnen Grenzfällen auch für nicht ausdrücklich fixierte Grenzfälle Nutzen ziehen.

Als Beispiel dienen die folgenden Aussprüche aus dem Schweizerischen Strafgesetzentwurf (Juni 1903):

Einzuschränkender Ausspruch: Wer die Tat, in der das Verbrechen besteht, mit Wissen und Willen ausführt, ist strafbar. (Zusammengelegt aus den zwei ersten Absätzen des Art. 18.)

Grenzausspruch: War die Fähigkeit des Täters, vernunftgemäss zu handeln, zur Zeit der Tat vermindert, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen. (Aus Art. 16.)

Dadurch scheint dem Gesetzestechniker die Grenze noch nicht zweifelsfrei bestimmt. Einerseits ist wohl ein Zweifel möglich, ob ein geisteskranker Mensch und ein solcher mit beeinträchtigtem Bewusstsein schon der Wirksamkeit des Grenzausspruches unterliege, anderseits könnte angenommen werden, dass jede Geisteskrankheit und jede Bewusstseinsbeeinträchtigung genüge, um die Wirksamkeit des ersterwähnten Ausspruches einzuschränken. Der Gesetzestechniker gibt daher für die von ihm zu fixierende Grenze weitere Stützpunkte in den nachfolgenden Grenzfällen:

War i n s b e s o n d e r e die geistige Gesundheit oder das Bewusstsein des Täters w e s e n t l i c h beeinträchtigt, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen. (Aus Art. 16.)

Dass es sich um Beispiele handelt, ergibt das Wort „insbesondere", dass es sich um Grenzfixierung handelt, ergibt das Wort „wesentlich".

Der Interpret hat aber nach dieser Grenzregulierung nicht nur Anhaltspunkte für die Lösung der oben erwähnten Zweifel, sondern die Analogie, das argumentum e contrario und das argumentum a majore ad minus resp. das argumentum a minore ad majus helfen ihm bei der

Grenzfestsetzung auch in anderen Fällen, als denen der Geisteskrankheit und der Bewusstseinsbeeinträchtigung.[64])

Es ist natürlich für die richtige Wirkung dieses Verfahrens von ausschlaggebender Wichtigkeit, dass sowohl die Beispielseigenschaft als die Eigenschaft der fraglichen Aussprüche, an der äußersten Grenze der Herrschaft des merkmalsärmeren Ausspruches zu stehen, zum Ausdrucke kommt.

Wo die Formulierung oder schon die gedankliche Festsetzung von Grenzaussprüchen nicht gelingt, begnügt man sich häufig mit der Fixierung von einzelnen Grenzfällen. Wo die Analogie wirken kann, dort kann die Grenzfestsetzung durch blosse Normierung von Grenzfällen in nicht allzu unbefriedigender Art gelingen. Wo aber die Analogie nicht wirken kann, wie dies in manchen Teilen des Strafrechtes der Fall ist, dort wird die gewünschte Grenze von der durch Grenzfälle gegebenen immer in grösserem oder geringerem Grade abweichen. So werden die einzelnen Verbrechenstatbestände, die im Vergleich zu einem einzigen, die Voraussetzung des staatlichen Strafrechtes regelnden allgemeinen Verbrechenstatbestandes nur Grenzfälle des staatlichen Strafrechtes darstellen, niemals alle strafwürdigen Handlungen beinhalten und niemals alle nicht strafwürdigen Handlungen vor Strafe bewahren können. Die erwünschte Grenze muss von der wirklich gezogenen abweichen.[65])

C. Die Kollision.

Als drittes bedeutsames Verhältnis, in dem Aussprüche zueinander stehen können, kommt das der Kollision in Betracht. Es handelt sich bei der Kollision von Aussprüchen darum, dass mehrere Aussprüche für *einen* Tatbestand (eventuell für einen zusammengesetzten Tatbestand) mehrere Rechtsfolgen aussetzen, die in besonderer, nicht kumulativer Weise zu einer Gesamtwirkung herangezogen werden müssen. Während bei dem Verhältnis, in dem ein einzuschränkender Ausspruch zu seinem Grenzausspruche steht, für den einzelnen Fall immer nur ein einziger Ausspruch wirksam wird, nachdem der andere widersprechende Ausspruch in seiner Wirkung ausgeschlossen wurde, treten im Kollisionsfalle mehrere Aussprüche in ihren Wirkungen zu einer gemeinsamen Rechtsfolge zusammen.

---

[64]) Man vergl. hierzu meinen Aufsatz in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht, Jahrg. 1907, S. 363 f.

[65]) Man vergl. hierüber meinen oben zitierten Aufsatz S. 370 ff.

Das Verhältnis der Kollision kann nur statthaben, wenn zwei oder mehrere Aussprüche an denselben Tatbestand verschiedene (nicht widersprechende) Rechtsfolgen knüpfen, und wenn ausserdem bestimmt ist, dass diese Rechtsfolgen nicht kumulativ zu verwirklichen sind. Soll darüber Sicherheit bestehen, was denn eigentlich in dem Falle dieses Tatbestandes rechtlich zu geschehen habe, so muss gesagt werden, in welcher Weise denn die ausgesprochenen Rechtsfolgen sich zu einer einheitlichen Folge zu vereinen haben. Soll nun aber in dieser Weise eine bestimmte Rechtsfolge an einen bestimmten Tatbestand geknüpft werden, so bietet sich hierzu das Mittel der sich gegenseitig ausschliessenden Aussprüche, und es kann hierzu höchstens äusserlich der Bau von Kollisionsaussprüchen verwendet werden. Kollisionsaussprüche, bei denen ein bestimmtes Gesetz dafür besteht, in welcher Weise die mehreren Rechtsfolgen sich in ihrer Wirkung zu vereinen haben, können denn auch immer in Grenzaussprüche aufgelöst werden. Ein solch uneigentlicher Fall von Kollisionsaussprüchen kann nur bei dem Bestehen von mindestens drei Aussprüchen eintreten, von denen zwei (A und B) an und für sich in keinem gegenseitigen Verhältnisse stehen — also auch kumulativ verwirklicht werden könnten (IV. D.), von denen der dritte (C) aber gleichzeitig anordnet, dass eine kumulative Verwirklichung nicht eintreten soll, dass aber vielmehr alle fraglichen Aussprüche sich in einer b e s t i m m t e n Weise zu einer einheitlichen Wirkung zu verbinden haben. Hier steht der Ausspruch C zu den Aussprüchen A und B in dem Verhältnis der Einordnung. Ist er aber eingeordnet, so stehen die Aussprüche A und B in dem Verhältnis des Ausschlusses. Bei den eigentlichen Kollisionsaussprüchen aber bleibt das Gesetz, nach dem sich A und B zu einer Wirkung zusammenzuschliessen haben, ganz oder teilweise unausgesprochen und wird ausdrücklich oder implicite in das mehr oder minder beschränkte Ermessen des Rechtverwirklichenden gestellt. Diese Sphäre relativer Freiheit beinhaltet den Vor- und Nachteil der Kollisionsaussprüche.

Als Beispiele von Kollisionsaussprüchen gelten die aus dem Schema eines relativ bestimmten Strafgesetzes abspaltbaren Aussprüche. Ein solches Strafgesetz enthält verschiedene Strafmöglichkeiten. Nach B i n d i n g (Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885 S. 178), gibt es Strafgesetze, die 10 230 Strafgrössen enthalten. Stellt man den Tatbestand eines solchen Strafgesetzes mit je einer darin ausgesprochenen

Strafgrösse in je einem Ausspruche zusammen, so kann man ein solches Gesetz in so viele Aussprüche zerspalten, als Strafgrössen bestimmt sind. Man hat dann verschiedene Aussprüche von der Form:

Wenn V (Verbrechen) so Sa (Strafe a)
Wenn V so Sb
Wenn V so Sc

etc.

An und für sich würde der kumulativen Verwirklichung dieser Aussprüche nichts im Wege stehen, denn die Vollziehung der Strafe a hindert die Vollziehung der Strafe b nicht. Nun soll aber eine kumulative Verwirklichung dieser Aussprüche nicht eintreten. Eine solche wäre bei allzuviel solchen Aussprüchen, die Freiheitsstrafen statuieren, und bei der beschränkten Lebensdauer der Menschen unmöglich, einer solchen ist oft ausdrücklich z. B. verbo „bis“ und „oder“ widersprochen, eine solche ist bei den in der Kenntnis der Rechtsgeschichte fussenden Assoziationen als widerrechtlich anzusehen. Anderseits aber kann auch nicht behauptet werden, dass nur einer der fraglichen Aussprüche dem betreffenden Tatbestande zugeordnet sei; sonst beständen ja doch nur absolute Strafgesetze, und es würde sich nur darum handeln, ausfindig zu machen, welches dieser Gesetze einzutreten habe. Richtig ist, dass alle fraglichen Aussprüche wirksam werden, dass aber der Richter nur auf eine Strafe zu erkennen habe, die in einem dieser Aussprüche angegeben ist. Dass tatsächlich alle Aussprüche bei der Zumessung der Strafe wirksam sind, zeigt sich darin, dass dieselbe Straftat eine andere Strafe nach sich ziehen würde, wenn der auf das Verbrechen gesetzte Strafrahmen statt einer höchstens 2 jährigen eine höchstens 15 jährige Freiheitsstrafe statuieren würde. Ob nämlich der Richter die Strafe nach der Grösse der Gefährlichkeit des Täters, oder ob er sie nach der Grösse seiner Schuld zumessen will, immer wird die bei dem betreffenden Tatbestande denkbar höchste Gefährlichkeit oder denkbar höchste Schuld zu der höchstbestimmten Strafe, die denkbar geringste Gefährlichkeit und die denkbar geringste Schuld aber wird zu der niedrigst bestimmten Strafe führen, während jede Erhöhung und jede Minderung von Gefährlichkeit und Schuld eine Erhöhung und Minderung der Strafe nach sich ziehen wird.

Dass es sich hier um eigentliche Kollisionsaussprüche handelt, zeigt sich darin, dass ein Gesetz, welches die Art der gemeinsamen Verwirklichung der wirksamen Aussprüche anordnen würde, fehlt. Sicher

ist nur, dass das relative Strafgesetz dem Richter die Würdigung des individuellen Falles nicht nur ermöglicht, sondern anbefiehlt (B i n d i n g, a. a. O. S. 177), und m. E. ist es weiter ebenso sicher, dass dieses Strafgesetz eben im Hinblick auf die erforderliche Würdigung des i n d i v i d u e l l e n Falles in seinen letzten Determinationen eine Anweisung darüber, ob z. B. nach den allgemeinen Massstäben der Schuld oder Gefährlichkeit die Strafe ausgemessen werden solle, gar nicht geben will. Durch eine solche Anweisung würde dem Wesen der Kollisionsaussprüche widersprochen, deren Tugend eben darin liegt, dass bei ihrer Herrschaft der einzelne Fall berücksichtigt werden kann, was bei den übrigen Aussprüchen des Rechtes infolge von deren Allgemeinheit nicht möglich ist. Würde z. B. der Richter angewiesen, innerhalb des Strafrahmens die Strafe einzig und allein nach der Schuld des Täters auszumessen, und nähme man schon an, dass hierin nicht ein Widerspruch gegen die relative Bestimmtheit des Strafrahmens gelegen wäre, so müsste man den entsprechenden Ausspruch des allgemeinen Teiles des Strafgesetzes in alle Aussprüche einordnen, in die man die speziellen Strafgesetze zerspalten kann. Das obige Schema würde in nachfolgender Weise verändert:

Wenn V und wenn Schuld a so Sa.
Wenn V und wenn Schuld b so Sb.
Wenn V und wenn Schuld c so Sc.

etc.

Dann aber würden die verschiedenen Aussprüche gar nie miteinander kollidieren können, weil die Voraussetzungen ihres Eintrittes ganz verschieden und fest normiert wären.

Das Gesetz kann sehr wohl demjenigen, der das Recht verwirklichen soll, eine bestimmte Anweisung darüber geben, wie er sich bei Kollisionen verhalten soll; tut es dies aber in e r s c h ö p f e n d e r Weise, so sind keine wirklichen Kollisionsaussprüche mehr vorhanden, sondern nur Aussprüche, die etwa in der Form von Kollisionsaussprüchen an ganz bestimmte verschiedene Tatbestände verschiedene Rechtsfolgen knüpfen.

Es mögen noch einige weitere Beispiele das Wesen der Kollisionsaussprüche erläutern:

Die speziellen Strafgesetze können mit Aussprüchen, die eine Milderung der Strafe vorschreiben, gleichzeitig zur Anwendung kommen. Eine kumulative Wirksamkeit der ausgesprochenen geringeren und

höheren Strafe tritt natürlich nicht ein. Es schliesst aber die gleichzeitige Anwendung der milderen Strafe jene der höheren auch nicht aus, sofern sich die beiden Strafrahmen decken. Eine genauere Bestimmung darüber, in welchem Masse der eine Ausspruch und in welchem der andere Ausspruch hier zu wirken hat, fehlt. Es ist also der Fall wirklicher Kollisionsaussprüche gegeben.

Aus Art. 52 des Vorentwurfes zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuche vom Juni 1903: „Hat jemand durch eine oder mehrere Taten mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe des schwersten Verbrechens und erhöht dieselbe angemessen". Darin ist bestimmt, dass beim Zusammentreffen mehrerer Aussprüche, die nicht in dem Verhältnis des Ausschlusses stehen, eine Kumulation der Rechtsfolgen nicht eintritt. Es ist darin aber auch bestimmt, dass die verschiedenen Aussprüche alle zu einer Rechtsfolge zusammenzuwirken zu haben, ohne dass eine Anweisung über das Mass der Wirkung der einzelnen Aussprüche gegeben würde. Die speziellen Strafgesetze stehen also fallweise durch die Vorschrift des Art 52 in dem Verhältnisse der Kollision. Eine ähnliche Kollisionssphäre stellt auch der § 74 R.St.G.B. her, während § 73 R.St.G.B. ein Verhältnis des Ausschlusses festsetzt.

Eine interessante Kollision wird von § 1310 des österreichischen a. b. G.B. gebildet. Es handelt sich um den Fall des Schadensersatzes bei einer von einem Wahn- oder Blödsinnigen oder von einem Kinde ausgehenden Beschädigung. Schadenstragung durch den Beschädiger und durch den Beschädigten sollen nach bestimmten Gesichtspunkten in folgender Reihe eintreten: es soll erwogen werden, ob nicht doch ein Verschulden vorliege, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Verteidigung unterlassen habe, ob die beiderseitigen Vermögensverhältnisse nicht einen Anhaltspunkt für die Regelung der Schadensdeckung geben. Nicht unähnlich ist die Kollisionssphäre, die § 254 B.G.B. festsetzt.

Eine Kollisionssphäre kann den Forderungen der Rechtspolitik in hervorragendem Masse zur Verwirklichung verhelfen. Vielleicht die treffendste Anwendung von Kollisionsaussprüchen zeigt sich in den obbesprochenen Fällen der relativen Strafrahmen und der Verbrechenskonkurrenz. Es soll hier zu einer möglichst alle Merkmale berücksichtigenden individuellen Beurteilung des Straffalles kommen. Allgemeine Richtlinien für diese Beurteilung lassen sich wenigstens jetzt noch nicht

geben. Anderseits aber eignet sich der Richter in der Praxis bald eine solche vergleichende Umsicht an, dass die angemessene Strafe in den meisten Fällen als gerecht den Forderungen der Rechtspolitik entsprechen wird.

Man kann vielleicht allgemein aussprechen, dass Kollisionsaussprüche sich dort empfehlen, wo sie sehr praktikabel sind, d. h. wo die Unbestimmtheit des Gesetzes durch eine grosse und einheitliche Bestimmtheit der Rechtsverwirklichenden ersetzt wird, wo dem Rechtsverwirklichenden die Verwirklichung des Ausspruches trotz dessen Unbestimmtheit nicht schwer fällt.

Die notwendigen Erfordernisse der Kollision von Aussprüchen wurden bereits oben zur Genüge hervorgehoben. Diesen Erfordernissen muss natürlich genügt werden, wenn der Rechtsverwirklichende nicht darüber im Zweifel bleiben soll, ob es sich um einen Kollisionsausspruch, um einen Grenzausspruch oder um einen kumulativ anzuwendenden Ausspruch handelt, was ja natürlich grundverschiedene Resultate ergeben würde.

D. Die Kumulation.

In IV. A., B., C. wurden die wichtigsten Verhältnisse abgehandelt, in denen Aussprüche zueinander stehen können. Hier soll nur noch kurz erwähnt werden, dass normaler Weise die Aussprüche kumulativ zur Anwendung kommen. Soll dies nicht geschehen, so muss diese normale Wirkung ausgeschlossen werden.

V. Das Gesetz.

A. Bei Befolgung der bisher gegebenen Regeln (III. A.) wird das Gesetz einen relativ kleinen Umfang haben und relativ wenig Arbeit zur Erlangung seines Verständnisses erfordern. Im Vergleiche zu einem langen Gesetz bringt das kurze Gesetz die für das Recht notwendigen Vorstellungen mit weniger Worten, mit weniger Wortvorstellungen, also mit geringerem Kraft- und Zeitaufwande hervor. Dies tut es sowohl bei der ersten als bei allen folgenden Lektüren. Es ist übersichtlicher und dem Gedächtnis zugänglicher. Es dient so nicht nur dem Juristen, sondern auch dem Laien besser als ein längeres Gesetz.[66]

---

[66]) Möglichste Kürze verlangt Gierke, Entwurf S. 54 f., und von Liszt, Aufsätze II S. 97 f. „Kürze ist eine der unschätzbarsten Eigenschaften des Gesetzgebers." (Ihering, Geist II 2, S. 353.) Ähnlich Mohl, Politik I

B. Sieht man auf die bisherigen Erläuterungen zurück, so erhellt vor allem das Eine, dass es der Gesetzestechniker mit recht unverlässlichen, in ihren Wirkungen fast unberechenbaren Mitteln zu tun hat. Es kann also am Schlusse dieser Betrachtungen nur anempfohlen werden bei jeder Gesetzesausarbeitung vorerst experimentell die Wirkungen festzustellen, die von den verwendeten Mitteln ausgehen.

Es geschieht dies sehr einfach durch eine frühe Veröffentlichung des Entwurfes und durch die an Juristen und an Laien gerichtete Aufforderung, sich über die in ihnen durch das Gesetz im Hinblick auf dessen Verständnis hervorgebrachten Wirkungen zu äussern. Dies kann wohl als fundamentale Regel der Gesetzestechnik angesehen werden; ist doch die Prüfung der Wirkungen der zur Erreichung eines Zieles verwendeten Mittel die notwendige Voraussetzung jeglichen gedeihenden Zielstrebens.[67])

S. 430. Gedrungene Kürze erstrebte die am 28. 2. 1874 eingesetzte Vorkommission zur Abfassung eines Planes zu einem B.G.B. (Schwartz, Gesch. d. Kodifik. S. 153.) Ihr Streben hatte wenig Erfolg. (Goldschmidt, Krit. Erörterungen S. 13 ff.) Kürze erstrebt nach Geny, Méthode d'interprétation ... S. 97, Sumner Maine, Etudes sur l'histoire du droit, Thorin 1889, S. 408. Ebenso Wurzel, Das juristische Denken S. 84, und Egger, Arch. f. R. u. Wphil. 1908, S. 119. Zitelmann nimmt im Gegensatz zum Texte zwischen dem kleinen Umfang eines Gesetzes und der raschen Verständlichkeit desselben ein Alternativverhältnis an (Kunst S. 15). Roguin, Observations S. 104 ff., fordert aus dem Grunde der Verständlichkeit lange, kasuistische Gesetze. „Legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur." (Seneca ep. 94.) In der Utopia des Thomas Morus, Reclam S. 114, ist die Zahl der Gesetze sehr gering, damit jeder Mensch Zeit habe, sie zu lesen. Hotmann, Antitribonianus, Lateinische Ausgabe, Leipzig 1704, Cap. XVIII, S. 198, verlangt unter Berufung auf Julius Cäsar „ex immensa diffusaque legum copia optima et necessaria in paucissimos conferre libros". Gegen die accumulatio legum nimia wendet sich Baco, Aphor. 52, exemplum tractatus de justitia universali. Für Kürze tritt Conring ein (de origine juris S. 209). Auch Leibnitz fordert Kürze. (Baron F. H. Antitribonian S. XXVIII.) Ebenso Maria Theresia in ihrem Handschreiben vom 4. 8. 1772 (Pfaff-Hofmann, Comm. I 1, S. 15). Globig und Huster, Abh. S. 25; Zeiller (Pfaff-Hofmann, Comm. S. 51), Kitka, Verfahren S. VI u. 8, Geib, Reform S. 180 und Trendelenburg, Naturr. S. 168.

[67]) Ähnliches fordert schon Kitka, Verfahren S. 29, und Mohl, Politik S. 548 ff. Man vergl. auch Żródłowski, Kodifikationsfragen ... S. 17, und Gierke, Entwurf S. 588 ff. und die dort Angeführten.

Schluss.

Zusammenstellung gesetzestechnischer Lehren, deren nähere Ausführung und deren Voraussetzungen sich an den in der Klammer bezogenen Stellen des Buches finden:

1. Zeichen, die nicht unmittelbar verständlich sind, müssen gemieden werden; unbekannte Worte sind durch bekannte Worte ähnlicher Bedeutung, Verweisungen und Fiktionen sind durch Änderung im System oder doch durch Wiederholungen zu ersetzen. (I. A.)
2. Es sollen nur die unter den Juristen gebräuchlichsten, unter diesen aber auch nur möglichst allgemein gebräuchliche Worte verwendet werden. Die gebräuchlicheren Worte haben auch bei Worterklärungen vor den weniger gebräuchlichen den Vorzug. (I. B., I. D. 1.—13.)
3. Für gleiche Vorstellungen sind gleiche Wortzeichen, für verschiedene Vorstellungen sind verschiedene Wortzeichen oder doch verschiedene Kombinationen von Wortzeichen zu verwenden. (I. C.)
4. Worte mit raschem, an soziale Massstäbe gebundenem Bedeutungswandel sind zu bevorzugen. (I. E.)
5. Der Wortschatz des Gesetzes soll gering sein. (I. D. 14.)
6. Schwerwiegende Vorstellungen sollen durch Sätze, nicht durch Worte wiedergegeben werden. (II.)
7. Die Sätze müssen kurz und einfach gebaut sein und der Grammatik folgen. (II.)
8. Nur notwendige Merkmale dürfen in das Gesetz aufgenommen werden. (III. A. 1., 2.)
9. Die Tatbestandsmerkmale müssen in den Erscheinungen des täglichen Lebens leicht wiederfindbar, die Rechtsfolgen müssen leicht ausführbar sein. (III. A. 3.)
10. Der Gesetzestechniker muss ein rechtswissenschaftliches System befolgen. (III. B.)
11. Sätze sollen aus den jeweils engsten Zusammenhängen gebildet werden. (III. C.)
12. Der Ausspruch, in den ein anderer eingeordnet werden soll, muss als solcher kenntlich sein. (IV. A.)

